

## **Wertung von Spekulationsangeboten nach § 25 VOB/A**

**Sonderheft 2/2004 der GPA-Mitteilungen Bau**

**Abt. 6/60**

**Vergabe-, Vertrags- und Honorarrecht**

Herausgeber und Druck:

**Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg**

76133 Karlsruhe, Hoffstraße 1a, Telefon 0721 / 8 50 05-0

70193 Stuttgart, Klopstockstraße 35, Telefon 0711 / 6 36 71-0

**Nur für dienstlichen Gebrauch**

Weitere Exemplare dieses Sonderhefts 2/2004 der GPA-Mitteilungen Bau können gegen Vorausüberweisung eines Unkostenbeitrags von **8 Euro** an die **Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg**, Hoffstr. 1 a, 76133 Karlsruhe, **Konto Nr. 740 204 5312, Landesbank Baden-Württemberg (BLZ 600 501 01)**, mit dem **Vermerk „Sonderheft 2/2004 der GPA-Mitteilungen Bau“** bezogen werden.

## Inhalt

	<b>Seite</b>
<b>Wertung von Spekulationsangeboten nach § 25 VOB/A</b>	<b>5</b>
<b>1 Einführung</b>	<b>5</b>
<b>2 Wertungsstufen</b>	<b>6</b>
<b>3 Angebotsausschluss in der 1. Wertungsstufe</b>	<b>7</b>
3.1 Vergabebestimmungen (Auszüge)	7
3.2 Beschluss des BGH vom 18.05.2004	7
<b>4 Fragen zur BGH-Entscheidung, Empfehlungen</b>	<b>11</b>
4.1 Ausschluss in weiteren Wertungsstufen?	11
4.2 Was sind „normale“ Preisschwankungen?	11
4.3 Begriffe: „Tatsächlich geforderte Preise“; „Mischkalkulation“?	13
4.4 Bagatellgrenze?	14
4.5 Unterschied: „Mischkalkulation“/ „Einseitige Auf- oder Abpreisung“?	16
4.6 Sind „offengelegte Mischkalkulationen“ zulässig?	18
4.7 Wertungsvorgang, Aufklärungsgespräche	19
4.8 Zuschlag trotz „Mischkalkulation“ aus wirtschaftlichen Gründen?	27
4.9 Ansprüche des zweitplatzierten Bieters bei Mischkalkulation?	29
4.10 Gilt die BGH-Entscheidung auch für Pauschalpreisnebenangebote?	29
4.11 Zusammenfassung, Empfehlungen	31

<b>5</b>	<b>Angebotsausschluss in der 2. Wertungsstufe</b>	<b>33</b>
5.1.	Vergabebestimmungen	33
5.2	Vergabegrundsätze mit Beispielen	33
<b>6</b>	<b>Angebotsausschluss in der 3. Wertungsstufe</b>	<b>36</b>
6.1	Vergabebestimmungen	36
6.2	Vergabegrundsätze mit Beispiel	36
<b>7</b>	<b>Angebotsausschluss in der 4. Wertungsstufe?</b>	<b>37</b>

**Anlage: Rechtsprechungsübersicht**

## Wertung von Spekulationsangeboten nach § 25 VOB/A

Az. 600.532

### 1 Einführung

Die GPA stellt bei überörtlichen Prüfungen oder Beratungen immer wieder fest, dass in Leistungsverzeichnissen Einheitspreise weit über Wert oder weit unter Wert (z.B. 0,01 EUR) angeboten werden.

Angebote mit „**abnormalen Preisgestaltungen**“ begründen in der Regel die Vermutung, dass sie aus spekulativen Motiven abgegeben werden, weshalb solche Angebote stets mit großer Sorgfalt zu prüfen sind.

**Spekulationsangebote** werden meist in der Erwartung abgegeben, dass bei der Bauausführung (erhebliche) Änderungen gegenüber der Leistungsbeschreibung eintreten (z.B. Mengenänderungen, Wegfall von LV-Positionen), woraus dann aufgrund der taktischen Preisgestaltung **finanzielle Vorteile** gezogen werden können. Spekulationsangebote können ggf. aber auch nur den Zweck verfolgen, an die erste Bierrangstelle zu gelangen bzw. den Auftrag zu erhalten (ggf. auch unter Inkaufnahme finanzieller Nachteile). Dass Spekulationsangebote für Auftraggeber bei mangelhaften Leistungsbeschreibungen erhebliche finanzielle Nachteile verursachen können, hat die GPA in ihrer Mitteilung Bau 1/1998 Az. 600.532 mit Zahlenbeispielen aus der Prüfungspraxis bereits hinreichend belegt.

Die Vergabepaxis kennt **verschiedene Varianten** spekulativer bzw. taktischer Preisgestaltungen in Angeboten. Es gibt die Variante, dass innerhalb der Leistungsverzeichnisse **Auf- und Abpreisungen** (Kosten-/Preisverlagerungen) auf der Grundlage von **Mischkalkulationen** vorgenommen werden. Häufig anzutreffen sind auch die Varianten, dass innerhalb der Leistungsverzeichnisse nur **einseitige Auf- oder Abpreisungen** vorgenommen werden. Solche unterschied-

lichen Preisgestaltungen haben ggf. auch **unterschiedliche Konsequenzen bei der Angebotswertung**.

Es bestehen seit vielen Jahren Unsicherheiten, wie Spekulationsangebote zu werten sind, u.a. deshalb, weil die VOB/A hierzu keine ausdrücklichen Vergabebestimmungen enthält, Vergabekammern und -senate bei Nachprüfungsverfahren i.S. der §§ 102 ff. GWB teilweise widersprüchliche Entscheidungen getroffen haben (vgl. die **Rechtsprechungsübersicht in der Anlage**) und im Schrifttum bisher unterschiedliche Auffassungen vertreten wurden (vgl. u.a. Thormann in BauR 2000, 953 mit weiteren Schrifttumshinweisen). Die Unsicherheiten sind auch durch den neuen Beschluss des BGH (s.u. Abschn. 3) nicht vollständig ausgeräumt.

Die GPA gibt ergänzend zur früheren Mitteilung Bau 1/1998 Az. 600.532 folgende Hinweise:

## **2 Wertungsstufen**

Nach § 25 VOB/A unterteilt sich eine Angebotswertung in folgende vier Wertungsstufen, die im Vergabevermerk (§ 30 VOB/A) entsprechend zu dokumentieren sind:

- Formale Prüfung der Angebote (**§ 25 Nr. 1 VOB/A**)
- Prüfung der Eignung der Bieter bzw. der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit (**§ 25 Nr. 2 VOB/A**)
- Prüfung der Angemessenheit der Preise (**§ 25 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A**)
- Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot (**§ 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A**)

Einheitspreisangebote mit Auf- und Abpreisungen bzw. Mischkalkulationen sind ggf. schon in der **1. Wertungsstufe** zwingend auszuschließen (s.u. Abschn. 3). Ferner können Angebote mit „abnormalen Preisgestaltungen“ in einzelnen LV-Positionen ggf. auch in der **2. oder 3. Wertungsstufe** ausgeschlossen werden (s.u. Abschn. 5 und 6).

### **3 Angebotsausschluss in der 1. Wertungsstufe**

#### **3.1 Vergabebestimmungen (Auszüge)**

**§ 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A:** „Die Angebote sollen nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten“.

**§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A:** „Ausgeschlossen werden Angebote, die dem § 21 Nr. 1 Abs. 1 und 2 nicht entsprechen“.

#### **3.2 Beschluss des BGH vom 18.05.2004**

Das OLG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 26.11.2003 (IBR 2004, 157 = Gt-info 241/04 v. 20.03.2004 = VergabeR 2004, 322 = BauR 2004, 1202) entschieden, dass ein Angebot, in dem ein Bieter für eine Wirtschaftsbrücke einen 1,00 EUR-Preis ausgewiesen und den für die Brücke tatsächlich kalkulierten Preis von 140.000 EUR in die LV-Position „Baustelleneinrichtung“ eingerechnet hatte, von der Wertung zwingend auszuschließen ist<sup>1</sup>. Dagegen hatte in einem anderen Fall das Kammergericht Berlin mit Beschluss vom 26.02.2004 (NZBau 2004, 288 = IBR 2004, 215 = VergabeR 2004, 331 = BauR 2004, 1202) die Auffassung vertreten, dass Bieter uneingeschränkte kalkulatorische Freiheiten haben und

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu auch Lischka in VergabeR 2004, 325.

deshalb in ihren Angeboten auch Kosten-/Preisverlagerungen vornehmen können<sup>1</sup>.

Der BGH hat nunmehr mit Beschluss vom 18.05.2004 (BauR 2004, 1433 = IBR 2004, 448 = Vergaberechts-Report 7/2004 = NZBau 2004, 425 = VergabeR 2004, 473) auf Divergenzvorlage des KG Berlin nach § 124 Abs. 2 Satz 1 GWB - der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf folgend - entschieden, dass Angebote mit **Mischkalkulationen** bzw. **Preis-/Kostenverlagerungen** innerhalb des LV von der Wertung zwingend auszuschließen sind<sup>2</sup>. Im Wesentlichen hat der BGH dies damit begründet, dass ein Bieter, der in einem LV Preis-/Kostenverlagerungen vornimmt, **nicht die nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A geforderten Preise vollständig und zutreffend** angibt. Außerdem hat der BGH darauf verwiesen, dass die mit solchen Kalkulationen verbundenen **Manipulationsmöglichkeiten** nicht mit dem Grundsatz eines **transparenten und fairen Bieterwettbewerbs** zu vereinbaren sind (§ 97 Abs. 1 GWB) und überdies dem Gebot der **Gleichbehandlung** aller Bieter widersprechen (§ 97 Abs. 2 GWB), weil sie diejenigen Bieter benachteiligen können, die ihre Kostenkalkulation im Angebot mit zutreffenden Preisen wiedergeben.

#### **Auszüge aus dem BGH-Urteil:**

**Sachverhalt:** Das Land Brandenburg hatte den Bau eines Autobahnzubringers im Offenen Verfahren ausgeschrieben. Das Angebot des preisgünstigsten Bieters lag bei rd. 3.879 Mio. EUR.

Das Angebot enthielt in zahlreichen LV-Positionen **Einheitspreise von 0,01 EUR**, dafür in einigen LV-Positionen Preise, die die Preise der Mitbieter um das **Dreißigfache** überstiegen (u.a. die Pos. Baustelleneinrichtung). Im konkreten Fall wäre der Auftraggeber mit den ersten Abschlagszahlungen erheblich in Vorleistung getreten, was für den Auftraggeber schon im Blick auf das Insolvenzrisiko sowie die Zinsnachteile bedenklich war.

In einem Aufklärungsgespräch gab der Bieter für seine Preisgestaltung keine plausiblen Erklärungen ab.

Der Auftraggeber schloss das Angebot aus. Die Angemessenheit des Angebots habe anhand der eingereichten Preisermittlungsgrundlagen nicht aufgeklärt werden können. Gegen die Vergabeentscheidung hatte der Bieter ein Nachprüfungsverfahren nach den §§ 102 ff. GWB eingeleitet. Die Vergabe-

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu Dähne in VergabeR 2004, 341.

<sup>2</sup> Vgl. dazu folgende Schrifttumshinweise: Kus in NZBau 2004, 425, Köster in BauR 2004, 1374, Stolz in VergabeR 2004, 478, Hausmann/Bultmann in ZfBR 2004, 671 und Stemmer in BauR 2004, 549 = VergabeR 2004, 549.



kammer hatte den Nachprüfungsantrag für unzulässig erklärt. Mit Beschluss vom 26.02.2004 hatte das Kammergericht Berlin das Nachprüfungsverfahren dem BGH vorgelegt (Divergenzvorlage nach § 124 Abs. 2 GWB), weil es seiner Auffassung nach keinen Ausschlussgrund wegen der spekulativen Preisgestaltung gab und das Gericht insoweit von der Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte abweichen wollte<sup>1</sup>.

**Entscheidung (wörtliche Zitate):** Das Angebot ist nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A von der Wertung auszuschließen.

- Der Bieter hat im Verfahren nach § 24 VOB/A eingeräumt, dass sein Angebot auf einer Mischkalkulation beruht, bei der durch sog. „Abpreisungen“ bestimmter ausgeschriebener Leistungen auf einen Einheitspreis von 0,01 EUR und sog. „Aufpreisungen“ der Einheitspreise anderer Positionen Preise benannt werden, die die für die jeweiligen Leistungen geforderten tatsächlichen Preise weder vollständig noch zutreffend wiedergeben. **Ein Bieter, der in seinem Angebot die von ihm tatsächlich für einzelne Leistungspositionen geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen verteilt, benennt nicht die von ihm geforderten Preise i.S.v. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A, sondern „versteckt“ die von ihm geforderten Angaben zu den Preisen der ausgeschriebenen Leistungen in der Gesamtheit seines Angebots. Ein solches Angebot widerspricht dem in § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A niedergelegten Grundsatz, weil es grundsätzlich ungeeignet ist, einer transparenten und alle Bieter gleichbehandelnden Vergabeentscheidung ohne weiteres zu Grunde gelegt zu werden. Deshalb sind Angebote, bei denen der Bieter die Einheitspreise einzelner Leistungspositionen in Mischkalkulationen der vorliegenden Art auf andere Leistungspositionen umlegt, grundsätzlich von der Wertung auszuschließen (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A).**
- Die Frage, ob ein als Grundlage der Wertung der Angebote in einem transparenten und die Bieter gleichbehandelnden Verfahren geeignetes, weil § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A genügendes Angebot vorliegt, ist von der **Frage zu trennen**, ob ein solches Angebot einen **unangemessen hohen oder niedrigen Gesamtpreis** beinhaltet. Das aus § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A abgeleitete Erfordernis, alle geforderten Erklärungen abzugeben und insbesondere jeden in der Leistungsbeschreibung vorgesehenen Preis so wie gefordert vollständig mit dem Betrag anzugeben, der für die betreffende Leistung beansprucht wird, dient nicht dem Zweck, unangemessen hohe oder niedrige Angebote aus der Wertung auszuschließen; vielmehr soll sichergestellt werden, dass die Wirtschaftlichkeit des Angebots im Vergleich zu anderen Angeboten auf transparenter und alle Bieter gleichbehandelnder Grundlage festgestellt wird. Werden einzelne Leistungen infolge einer „auf- und abpreisenden Mischkalkulation“ unrichtig ausgewiesen und damit die in den Ausschreibungsunterlagen ge-

---

<sup>1</sup> Z.B. von OLG Düsseldorf, a.a.O.

forderten Preise teilweise oder insgesamt nicht wie durch § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A geboten angegeben, ist es der **Vergabestelle nicht möglich, die Wirtschaftlichkeit des Angebots im Vergleich zu anderen Angeboten zu bewerten.**<sup>1</sup>

- Für den Ausschluss eines Angebots nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A ist es **unerheblich**, ob es sich bei dem Angebot des Bieters um ein sog. „**Spekulationsangebot**“ handelt, mit dem der Bieter infolge einer Mischkalkulation durch „Aufpreisung“ bereits bei Beginn der Ausführung überhöhte oder durch „Abpreisung“ verminderte Abschlagszahlungen auslösen und so eine Vorfinanzierung des Auftrags im Verhältnis zu anderen Angeboten eintreten lassen oder den Anschein eines besonders günstigen Angebots erwecken will; **unerheblich ist auch, wie sich die Wirtschaftlichkeit der zu vergleichenden Angebote unter Berücksichtigung des Umstandes darstellt, dass es bei Angeboten mit Einheitspreisen zu Mengenänderungen kommen kann und sich infolge der „Aufpreisung“ von Positionen des Leistungsverzeichnisses, bei denen eher mit Mengenerhöhungen zu rechnen ist, und infolge der „Abpreisung“ von Positionen, bei denen eher mit Mengenreduzierungen zu rechnen ist, erhebliche Verschiebungen des Gesamtpreises ergeben können.** Ein Bieter, der in seinem Angebot „Auf- und Abpreisungen“ vorsieht, ohne dass aus dem Angebot der tatsächlich geforderte Preis beispielsweise durch **erläuternde Zusätze** ersichtlich wird, gibt schon objektiv die geforderten Erklärungen nicht vollständig i.S. des § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A ab, sodass sein Angebot als Grundlage einer transparenten und alle Bieter gleich behandelnden Wertung ungeeignet und daher nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A von der Wertung auszuschließen ist.
- Die Vergabestelle ist **nicht gehalten**, die **Gründe zu ermitteln**, die den Bieter veranlasst haben, die tatsächlich geforderten Preise für die betreffenden Leistungspositionen nicht auszuweisen, sondern andere Preise anzugeben. Ist zweifelhaft, ob das Angebot die tatsächlich geforderten Preise für die jeweiligen Leistungspositionen ausweist, **kann** sich die Vergabestelle gemäß § 24 Nr. 1 VOB/A über die Angemessenheit der Preise unterrichten. **Ergibt sich durch die Erklärungen des Bieters, dass die ausgewiesenen Preise die von ihm für die Leistungen geforderten Preise vollständig wiedergeben, kann das Angebot nicht nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A ausgeschlossen werden.** Ergibt die Aufklärung dagegen wie im Streitfall, dass die Preise für die ausgeschriebenen Leistungen nicht in der nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A erforderlichen Weise das tatsächlich für die Leistung geforderte Entgelt ausweisen, ist die Vergabestelle nicht verpflichtet, Ermittlungen darüber anzustellen, welche Preise für welche Leistungen tatsächlich gefordert werden, um auf diese Weise die Vergleichbarkeit der Angebote herzustellen. Vielmehr ist das Angebot gemäß § 21 Nr. 1

---

<sup>1</sup> Es bleibt offen, was der BGH hierunter konkret versteht; die Wirtschaftlichkeit spielt jedenfalls in der 1. Wertungsstufe keine Rolle.

Abs. 1 VOB/A i.V.m. § 25 Nr. 1 Abs. 1 buchst. b VOB/A von der Wertung auszuschließen.

## 4 Fragen zur BGH-Entscheidung, Empfehlungen

### 4.1 Ausschluss in weiteren Wertungsstufen?

Laut BGH sind Angebote nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A **formal** auszuschließen, wenn sie die „tatsächlich geforderten Preise“ bei den jeweiligen LV-Positionen nicht ausweisen. Damit bezieht sich die BGH-Entscheidung eindeutig nur auf die **1. Wertungsstufe** (vgl. auch Hausmann/Bultmann in ZfBR 2004, 671 oder Kus in NZBau 2004, 425).

Von der BGH-Entscheidung unberührt bleibt - wie bisher - die Möglichkeit, Angebote mit „Auf-/Abpreisungen“ ggf. in der 2. oder 3. Wertungsstufe auszuschließen (vgl. u. Abschn. 5 und 6).

### 4.2 Was sind „normale“ Preisschwankungen?

Bei Ausschreibungen mit **Leistungsverzeichnis (§ 9 Nrn. 6 bis 9 VOB/A)** gliedert sich eine Kalkulation mindestens in folgende **fünf Arbeitsschritte**:

- Ermittlung des **Mittellohns** sowie der **Gerätstundensätze**.
- Ermittlung der **Einzelkosten für jede LV-Position** einschließlich der LV-Position „Baustelleneinrichtung“ (z.B. Lohn-, Stoff-, Gerätekosten) unter Verwendung der Vorermittlungen aus dem 1. Arbeitsschritt und bezogen auf die im LV vorgegebenen Abrechnungseinheiten (z.B. m<sup>2</sup> oder m<sup>3</sup>). Die Summe aller Einzelkosten errechnet sich durch die Vervielfachung mit den im LV ausgewiesenen Mengen.

- Ermittlung aller **Gemeinkosten bzw. Umlagekosten** (Baustellengemeinkosten, Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn) sowie der **Gesamtangebotssumme** (Addition der Summe der Einzelkosten und Gemeinkosten).
- **Ermittlung der Gemeinkostenzuschläge durch v.H.-Sätze**, die auf die Einzelkosten je Abrechnungseinheit aufzuschlagen sind (unterschiedliche Zuschläge auf Lohn- und Sachkosten sind die Regel).
- **Ermittlung der Einheits-/Pauschalpreise** zu jeder LV-Position nach Aufschlag der Gemeinkosten/Umlagen bzw. der v.H.-Sätze (Vollendung des 2. Arbeitsschritts).

Für Kalkulationen innerhalb dieser Arbeitsschritte gibt es keine festen Regeln. Ein Bieter kann beispielsweise

- **Einzelkosten unterschiedlichen LV-Positionen zuordnen** (z.B. Gerätekosten der LV-Position „Erdarbeiten“ oder auch der LV-Position „Baustelleneinrichtung“; Kosten für Bauhilfsstoffe wie Traggerüste können z.B. der LV-Position „Stahlbeton“ oder der LV-Position „Baustelleneinrichtung“ zugeordnet werden),
- **Einzelkosten teilweise den Gemeinkosten zuordnen** oder umgekehrt (z.B. die Lohnzuschläge bei den Baugestellengemeinkosten erfassen anstatt im Mittellohn bzw. bei den Einzelkosten) oder
- zur Ermittlung der Gemeinkostenzuschläge in v.H. **unterschiedliche Umlageschlüssel** wählen.

Damit kann es je nach dem, welche Kalkulationsmethoden ein Bieter anwendet, durchaus der Fall sein, dass bei zwei Bietern, die die **gleiche Angebotsendsumme** aufweisen, die einzelnen Einheitspreise dennoch bis zu 20 oder gar 30 v.H. nach oben oder nach unten differieren (z.B. nach oben bei den lohnintensiven LV-Positionen und nach unten bei den stoffintensiven LV-Positionen oder umgekehrt). Folglich sind Preisschwankungen beim Vergleich der einzelnen Einheitspreise (auch der Preise bei der LV-Position „Baustelleneinrichtung“)

durchaus normal bzw. kalkulatorisch begründet. Von unzulässigen „Auf- und Abpreisungen“ i.S. der BGH-Entscheidung kann hier nicht die Rede sein.

#### **4.3 Begriffe: „Tatsächlich geforderte Preise“; „Mischkalkulation“?**

Laut BGH müssen Bieter nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A die „**tatsächlich geforderten Preise**“ bei jeder LV-Position **vollständig** und **zutreffend** bzw. mit dem Betrag angeben, der für die jeweilige Teilleistung beansprucht wird. **Die einzelnen Einheitspreise sollen die „wahre Kalkulation“ abbilden.**

Ein Bieter, der in seinem Angebot die geforderten Einheitspreise für jede LV-Position nicht kostenecht wiedergibt, sondern diese „**mischt**“ bzw. **gezielt „verlagert**“, unterlässt die geforderten Preisangaben<sup>1</sup>.

Der BGH stellt ins Zentrum seiner Ausführungen den **Begriff „tatsächlich geforderte Preise“**. Die Frage ist, was man darunter versteht. Welche Preisangaben kann ein Auftraggeber unter Hinweis auf § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A verlangen?<sup>2</sup>

Nach Auffassung der GPA kann der vom BGH verwendete Begriff „tatsächlich geforderte Preise“ aus der Sicht des Auftraggebers bzw. nach der VOB/A nur so verstanden werden, dass von den Bietern verlangt werden kann, dass sie Einheitspreise anbieten, die auf ihrer „**wahren Kalkulation**“ **beruhen** und die für jede LV-Position auf der Grundlage einer solchen **Kostenverteilung** errechnet worden sind, die sich noch mit den **allgemeinen Kalkulationsgrundsätzen** in der Baubetriebslehre vereinbaren lässt (s.o. Abschn. 4.2); dies nicht nur aus vergaberechtlichen Gründen für Zwecke der Angebotswertung, sondern auch vorausschauend bzw. im Blick auf die korrespondierenden Vergütungsregelungen des § 2 VOB/B, die sinnvoll nur dann zu handhaben sind<sup>3</sup>, wenn die

---

<sup>1</sup> Der Auftraggeber gibt nach der VOB/A die Spielregeln vor und schränkt insoweit die Kalkulationsfreiheit der Bieter ein (vgl. auch Kus in NZBau 2004, 425).

<sup>2</sup> Mit diesen Fragen beschäftigte sich u.a. Hausmann/Bultmann in ZfBR, 671, ohne allerdings zu einem endgültigen Ergebnis zu gelangen.

<sup>3</sup> Insbesondere die Regelungen des § 2 Nr. 3 oder Nr. 5 VOB/B.

einzelnen Einheitspreise im LV tatsächlich auch nach allgemeinen Grundsätzen ermittelt und kostenecht angeboten worden sind.

Die VOB/A unterbindet somit die Verlagerung von Preiselementen von einer Position in eine andere, lässt im Übrigen aber die Kalkulationsfreiheit der Bieter unberührt.

#### **4.4 Bagatellgrenze?**

Der Entscheidung des BGH lag ein besonders krasser Fall von Kosten-/Preisverlagerungen zugrunde (vgl. die Sachverhaltsschilderung in Abschn. 3.2), der nicht unbedingt als Regelfall angesehen werden kann.

Es gibt in der Praxis unzählige Varianten, in denen Kosten-/Preisverlagerungen nur bei einigen LV-Positionen vorgenommen werden, die sich im **Verhältnis zur Gesamtangebotssumme** nicht so gravierend auswirken oder gar unbedeutend sind.

Beispielsweise gibt es häufig „kleinere Fälle“ dergestalt, dass Bieter bei - in der Regel wertmäßig kleineren - LV-Positionen einen sog. **Nullpreis**, einen **Strich** oder die Worte „**Preis in anderer Position ... enthalten**“ eintragen. Die Bieter wollen damit meist nur zum Ausdruck bringen, dass sie für die betr. LV-Position entweder keinen Preis verlangen oder - ggf. aus Vereinfachungsgründen - die Kosten der betr. LV-Position bei einer anderen LV-Position mit einkalkuliert haben.<sup>1</sup> Solche kleineren Preisverlagerungen haben meist auch keine spekulativen Hintergründe.

Es stellt sich die Frage, ob Kosten-/Preisverlagerungen „kleineren Stils“ ebenfalls zwingend zum Angebotsausschluss führen. Falls Ausnahmen zu machen sind, stellt sich sogleich die weitere Frage, wo die Grenzziehung zwischen ausschlusspflichtigen und zu tolerierenden Angeboten liegt.

---

<sup>1</sup> Z.B. in den Fällen, in denen Auftraggeber über § 9 Nr. 9 VOB/A hinaus - und sachlich nicht mehr gerechtfertigt - Teilleistungen noch tiefer gliedern und dadurch evtl. auch die Kalkulation erschweren.

Dazu ist zu bemerken:

Der BGH stützt sich in seiner Entscheidung auf § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A. Diese Vergabebestimmung macht grundsätzlich keinen Unterschied zwischen gravierenden und weniger gravierenden Fällen.

Beispielsweise sind nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A Angebote auszuschließen, in denen Preise ganz fehlen oder die die geforderten Fabrikatsangaben nicht enthalten (vgl. dazu die GPA-Mitteilung Bau 5/2004 Az. 600.532). In solchen Fällen sind in der Regel zwingende Ausschlussgründe gegeben, auch wenn beispielsweise Preise oder Fabrikatsangaben nur bei sog. kleineren Positionen fehlen.

Konsequenterweise müsste man deshalb auch hier zu dem Ergebnis gelangen, dass Angebote, die die „tatsächlich geforderten Preise“ nicht ausweisen, zwingend auszuschließen sind, und zwar ohne Rücksicht auf die Größenordnung der Kosten-/Preisverlagerungen bzw. die Wirtschaftlichkeit solcher Angebote.

Die GPA hat aber bis auf Weiteres keine Bedenken, „Bagatellfälle“ zu tolerieren, die im Rahmen der Wertung und von Aufklärungsgesprächen als solche erkannt werden. Aus Gründen der Gleichbehandlung und zur Vermeidung von Vergabemanipulationen muss dabei aber **einheitlich verfahren** werden. Die Vergabestelle darf nicht einen Bieter wegen Mischkalkulationen ausschließen und in einem anderen Vergabeverfahren **bei gleichem Sachverhalt** ein Angebot nur deshalb im Wettbewerb belassen, weil der betreffende Bieter dem Auftraggeber hinreichend als zuverlässig bekannt ist.

Eine genaue Definition von „Bagatellfällen“ vermag die GPA allerdings nicht zu geben. Es lässt sich aber generell feststellen, dass Auf- und Abpreisungen in einem LV, die über die Norm wesentlich hinausgehen (s.o. Abschn. 4.2), zumindest nicht in den Fällen hingenommen werden können, in denen **zentrale LV-Positionen**<sup>1</sup> betroffen sind. Welche Positionen bei den **jeweiligen Gewerken** als zentral und ggf. auch mengenmäßig gewichtig anzusehen sind, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Es liegt aber auf der Hand, dass beispielsweise

---

<sup>1</sup> Bedeutsame LV-Positionen für sich betrachtet und auch im Verhältnis zur Gesamtangebotssumme.

bei Verkehrswegebauarbeiten die Titel Erdarbeiten, Frostschutz-, Trag- und Deckschichten einschl. Baustelleneinrichtung die maßgebenden zentralen Positionen beinhalten (ebenso bei Kanalbauarbeiten beispielsweise die Titel Erdarbeiten, ggf. Wasserhaltung und Rohrverlegearbeiten einschl. Baustelleneinrichtung).

Werden „Bagatellfälle“, d.h. Auf- und Abpreisungen bei weniger bedeutsamen LV-Positionen toleriert, schließt dies aber nicht aus, solche Angebote in der 2. oder 3. Wertungsstufe nochmals kritisch zu prüfen.

#### **4.5 Unterschied: „Mischkalkulation“ / „Einseitige Auf- oder Abpreisung“?**

Die BGH-Entscheidung bezieht sich auf den Sachverhalt unzulässiger Kosten-/Preisverlagerungen innerhalb eines LV.

Es gibt aber neben solchen Mischkalkulationen eine Vielzahl anderer Preisgestaltungen, und zwar in der Form, dass in Leistungsverzeichnissen bestimmte Position nur **einseitig aufgepreist** oder **einseitig abgepreist** werden. Solche Preisgestaltungen können spekulative, aber auch sachliche Gründe haben.

Es stellt sich die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen auch solche Angebote nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A zwingend auszuschließen sind.

Lt. BGH müssen die Bieter die „tatsächlich geforderten Preise“, d.h. die ihrer „wahren Kalkulation“ entsprechenden Einheitspreise bei jeder LV-Position vollständig und zutreffend angeben. Mit dieser Kernaussage sollen **nur Kosten-/Preisverlagerungen unterbunden** werden. Nach Auffassung der GPA lässt sich die BGH-Entscheidung nicht auf die Fälle übertragen, in denen „einseitige Auf- oder Abpreisungen“ innerhalb eines LV vorgenommen worden sind, weil in solchen Fällen die „tatsächlich geforderten Preise“ bei den jeweiligen LV-Positionen transparent und zutreffend wiedergegeben werden.



Nach den Bestimmungen der VOB/A ist es den Bietern grundsätzlich nicht verwehrt, einzelne LV-Positionen **aufzupreisen** (z.B. um zusätzliche Gewinne bei dieser Position zu erwirtschaften) oder **abzupreisen** (z.B. bei Verwertungsmöglichkeiten für Baustoffe, bei kostenlosem Geräteinsatz oder bei Vergünstigungen von Lieferanten), **solange sie dadurch ihre „wahre Kalkulation“ wiedergeben**. Im Übrigen kann ein Bieter auf Kostenansätze auch einfach nur verzichten (z.B. Nullpreise anbieten).

Selbstverständlich haben gerade auch Angebote mit „einseitigen Auf- oder Abpreisungen“ oft spekulative Hintergründe. Aber es reicht nicht aus, sie nur aus diesem Grund schon formal in der 1. Wertungsstufe auszuschließen, weil die Motive für eine Kalkulation in der 1. Wertungsstufe nicht entscheidungserheblich sind.

Sind bei Einheitspreisvergleichen „einseitige Auf- bzw. Abpreisungen“ erkennbar, bleibt für die Vergabestellen natürlich die Schwierigkeit, festzustellen, ob tatsächlich nur solche vorliegen oder ob ein Angebot nicht doch „verdeckte“ Kosten-/Preisverlagerungen enthält. Grundsätzlich sind auch bei solchen Angeboten Aufklärungsgespräche zu führen.

Dazu noch folgende Beispiele:

#### **Abpreisung:**

**Im LV ist unter der Pos. „Aushub Bodenklasse 7 (Fels)“ ein extrem niedriger Preis eingetragen (z.B. 0,01 EUR), was dem betreffenden Bieter auf die erste Rangstelle verhilft. Bei allen übrigen LV-Positionen zeigen sich keine Auffälligkeiten in der Preisgestaltung. Im Aufklärungsgespräch gibt der Bieter entweder keine plausible Erklärung ab oder er gibt beispielsweise zu erkennen, dass das LV - seiner Meinung nach - fehlerhaft ist bzw. diese Position nicht oder nicht in der vorgegebenen großen Menge zur Ausführung kommt.**

Im Grunde handelt es sich hier um eine Spekulation. Der Bieter spekuliert darauf, dass er mit der Preisangabe an die erste Rangstelle und somit an den Auftrag gelangt. Finanzielle Vorteile in der späteren Abrechnung kann er sich dadurch nicht erhoffen; eher muss er Nachteile zu befürchten. Wird die Position nicht ausgeführt, erleidet er dadurch keinen Verlust. Wird sie ausgeführt, muss er die geforderten Leistungen erbringen und zu 0,01 EUR berechnen.

Ein zwingender formaler Ausschlussgrund ist im vorliegenden Falle nicht gegeben. Der angebotene niedrige Preis entspricht der tatsächlichen Kalkulation des Bieters. Kosten-/Preisverlagerungen sind nicht erkennbar. Im vorstehenden Beispiel wäre allenfalls ein Ausschlussgrund in der 3. Wertungsstufe denkbar (s.u. Abschn. 6).

#### **Aufpreisung:**

**Im LV wird bei einer gewichtigen Position<sup>1</sup>, bei der ein wesentlich zu niedriger Mengenansatz vorgesehen ist, ein extrem hoher Preis angeboten. Der Bieter kommt an die erste Rangstelle, weil sich der hohe Einheitspreis wegen des niedrigen Mengenansatzes nicht ausschlaggebend auf die Angebotsendsumme auswirkt. Im Aufklärungsgespräch gibt der Bieter entweder keine plausible Erklärung ab oder er gibt beispielsweise zu erkennen, dass das LV - seiner Meinung nach - fehlerhaft ist.**

Im Grunde handelt es sich auch hier um ein Spekulationsangebot. Ein hoher Preis wird hier in der Erwartung abgegeben, dass dieser - wegen der niedrigen Mengenansätze - dennoch zur ersten Rangstelle reicht und zugleich in der Hoffnung, dass die spekulativen Überlegungen während der Bauausführung aufgehen, nämlich dass Mengenmehrungen eintreten und dadurch teurer abgerechnet bzw. ein „zusätzlicher Gewinn“ erzielt werden kann.

Auch im vorstehenden Beispiel ist ein formaler Ausschlussgrund in der 1. Wertungsstufe nicht gegeben. Der angebotene Preis entspricht der tatsächlichen Kalkulation. Kosten-/Preisverlagerungen sind nicht erkennbar. Im konkreten Fall wäre aber zu prüfen, ob ein Ausschlussgrund in der 2. Wertungsstufe gegeben ist (s.u. Abschn. 5).

#### **4.6 Sind „offengelegte Mischkalkulationen“ zulässig?**

Der BGH befasste sich mit einer „**verdeckten Mischkalkulation**“, die auch in einem Aufklärungsgespräch nicht plausibel erläutert werden konnte. Somit stellt sich zwangsläufig die Frage, ob bei Angebotsabgabe oder in einem Aufklärungsgespräch „**offengelegte Mischkalkulationen**“ ebenfalls auszuschließen sind. Der BGH hat diese Frage offen gelassen (so auch Köster in BauR 2004,

---

<sup>1</sup> Evtl. auch bei einer zu wertenden Bedarfsposition.

1374). Aus der Entscheidungsbegründung des BGH könnte man in der Tat auch herauslesen, dass Angebote mit offengelegten „Auf-/Abpreisungen“ bzw. mit **„erläuternden Zusätzen zur Preisgestaltung“** formal nicht ausgeschlossen werden können (vgl. die Ausführungen in Abschn. 3.2 letzter Absatz).

#### **Dazu folgendes Beispiel:**

**Bei Erschließungsarbeiten (Lose Verkehrswegebau, Entwässerungskanalarbeiten und Wasserversorgung) hat ein Bieter jeweils in den LV-Titeln „Erdarbeiten“ bei einigen Positionen stark untersetzte Preise, dagegen in den LV-Titeln „Rohrverlegearbeiten“ übersetzte Preise angeboten. In einem Begleitschreiben zu seinem Angebot hat der Bieter zugleich auch transparent und im Detail nachvollziehbar dargelegt, welche Kosten-/Preisverlagerungen von den LV-Titeln „Erdarbeiten“ in die LV-Titel „Rohrverlegearbeiten“ vorgenommen worden sind. Eine nähere Begründung für diese Vorgehensweise hat der Bieter nicht angegeben.**

Die GPA geht davon aus, dass Angebote mit „offengelegten Mischkalkulationen“, aber baubetrieblich nicht begründeten Kosten-/Preisverlagerungen ebenfalls zwingend auszuschließen sind. Es kann rechtlich keinen Unterschied machen, ob eine **Vergabebestimmung** (hier: § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A) in verdeckter oder transparenter Form **missachtet** wird. Es bleibt die Grundforderung nach der VOB/A, bei den jeweiligen LV-Positionen kostenechte Preise anzubieten und nicht Preise teilweise in andere LV-Positionen zu verlagern. Der Vergabestelle nützt es auch wenig, wenn ihr die Kosten-/Preisverlagerungen bei Angebotsabgabe erläutert werden. Die Schwierigkeit, vernünftige Preisspiegel zu erstellen, Angebote zu vergleichen sowie ordnungsgemäß abzurechnen, bleibt dennoch bestehen.

## **4.7 Wertungsvorgang, Aufklärungsgespräche**

### **4.7.1 Allgemeines**

Für die Vergabestellen bleibt nach der BGH-Entscheidung die Schwierigkeit, unzulässige Mischkalkulationen zu **erkennen**. Der BGH hat dies nicht vertieft. Er hat lediglich die Aussage getroffen, dass Aufklärungsgespräche dann geführt werden können, wenn **Zweifel** bestehen.

Den Vergabestellen dienen als **Hilfsmittel für die Angebotwertung** eigene Kostenanschläge, Preissammlungen und insbesondere die **Preisspiegel**.

Es ist sicher einfach und für die Vergabestellen mit wenig Risiko verbunden, wenn sie nach Sichtung der Preisspiegel „**krasse Fälle von Auf- und Abpreisungen**“<sup>1</sup> aufgreifen und danach einen sofortigen Angebotsausschluss ggf. auch ohne Aufklärungsgespräche vornehmen. Es darf in krassen Fällen auch unterstellt werden, dass in Aufklärungsgesprächen plausible Erklärungen für sachgerechte Kalkulationen nicht zu erwarten sind.

Krasse Fälle von Mischkalkulationen sind aber nicht der Regelfall. Problematischer zu handhaben ist die Vielzahl der sog. „mittleren Fälle“ oder ggf. auch „kleineren Fälle“. 0,01 EUR-Preise sind oft nur ein **Indiz** für eine unzulässige Mischkalkulation, weshalb die Vergabestellen grundsätzlich nicht umhinkommen, **Aufklärungsgespräche** zu führen und ggf. auch gezielte kalkulatorische Nachweise zu fordern, je nach dem, welche Erklärungen Bieter bei solchen Gelegenheiten abgeben. Insbesondere das Beispiel des OLG Rostock (s. die Entscheidung 13 in der Anlage) macht deutlich, dass ein Aufklärungsgespräch in der Regel unumgänglich ist, will man fehlerhafte Vergaben vermeiden.

Zwar werden Bieter in solchen Gesprächen - in Kenntnis der BGH-Entscheidung - künftig kaum noch zugeben, dass ihre Angebotspreise auf einer Mischkalkulation basieren und spekulative Hintergründe haben. Sie werden eher versuchen, mit allen möglichen - kalkulatorisch begründeten - Erklärungen glaubhaft darzulegen, dass Kosten-/Preisverlagerungen nicht vorliegen bzw. sachlich gerechtfertigt sind. Dennoch sind grundsätzlich Aufklärungsgespräche zu führen und protokollarisch festzuhalten, auch wenn dann für die Vergabestellen die weitere Schwierigkeit entsteht, die Bietererklärungen **vergaberechtlich zu bewerten**.

Aus der Entscheidung des BGH geht klar hervor, dass die **Motive**, die ein Bieter zu „Auf- und Abpreisungen“ einzelner LV-Positionen veranlasst haben, für die Vergabeentscheidung in der 1. Wertungsstufe keine Bedeutung haben. Es ist

---

<sup>1</sup> Z.B. krasse Fälle, wie sie der Entscheidung des BGH zugrunde lagen (Abpreisungen mit 0,01 EUR und zugleich Aufpreisung der Pos. Baustelleneinrichtung um das Dreißigfache).

für einen Angebotsausschluss nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A unerheblich, ob solche Preisgestaltungen aus spekulativen Gründen (mit dem Ziel, sich finanzielle Vorteile zu verschaffen) oder aus anderen Gründen (z.B. nur mit dem Ziel, den Auftrag ggf. auch mit Verlust zu erhalten) vorgenommen worden sind. Entscheidungserheblich in der 1. Wertungsstufe ist aus **objektiver Sicht** einzig und allein, ob zu den LV-Positionen nach Sachlage die „tatsächlich geforderten Preise“ angegeben oder ob Kosten-/Preisverlagerungen vorgenommen worden sind. Aufklärungsgespräche sind folglich zunächst nur mit dem Ziel zu führen, **sachlich festzustellen**, ob und inwieweit Kosten-/Preisverlagerungen vorgenommen worden sind. Wenn bei der Gelegenheit auch die Motive eines Bieters bekannt werden, kann dies natürlich für weitere Entscheidungen in der 2. oder 3. Wertungsstufe von Nutzen sein.

#### **4.7.2 Beispiele für Mischkalkulationen und Bietererklärungen in Aufklärungsgesprächen**

##### **Beispiel 1:**

**Ausgeschrieben wurden Kanalbauarbeiten. Die Positionen „Aushub Bodenkl. 7“ und „Bodenaustausch“ wurden mit extrem niedrigen Preisen angeboten (z.B. 5,00 EUR, 1,00 EUR oder 0,01 EUR). Dagegen sind - im Preisspiegel erkennbar - andere LV-Positionen erheblich aufgepreist (über die Norm hinaus, wie sie in Abschn. 4.2 dargestellt wurde). Im Aufklärungsgespräch gibt der Bieter zu erkennen, dass die abgepreisten Positionen seiner Meinung nach viel zu hohe Mengenansätze ausweisen oder nicht zur Ausführung kommen werden. Über die Aufpreisungen äußert sich der Bieter nicht.**

Im vorgenannten Beispiel stellt sich u.a. die Frage, ob es sachlich begründet ist, dass ein Bieter Kosten-/Preisverlagerungen in Angeboten dann vornehmen kann, wenn - aus seiner subjektiven Sicht oder ggf. auch aus objektiver Sicht - ein LV **fehlerhafte Ansätze** enthält (z.B. falsche Mengenansätze oder überflüssige Positionen). Können Bieter dann argumentieren, dass es ihnen möglich sein muss, sich gegen fehlerhafte LV-Ansätze kalkulatorisch zu „wehren“, indem sie beispielsweise LV-Positionen, die offensichtlich nicht zur Ausführung kommen, mit 0,01 EUR anbieten, dafür aber Positionen, die zu niedrige Mengenansätze enthalten, erheblich aufpreisen?

Nach Auffassung der GPA sind Auf- und Abpreisungen wegen falscher LV-Ansätze nicht gestattet. Es ist zu berücksichtigen, dass das im Vergabeverfahren an die Bewerber **herausgegebene Leistungsverzeichnis** - egal ob es män-

gelfrei oder fehlerhaft erstellt worden ist - stets die **Grundlage bildet für die Angebotswertung** bzw. **Festlegung der Bierrangfolge**. Aus diesem Grunde muss ein Auftraggeber - auch aus Gründen der **Gleichbehandlung** - von den Bietern verlangen, dass sie kostenechte Preise bei den jeweiligen LV-Positionen auch dann anbieten, wenn sie glauben, Fehler erkannt zu haben. Das Recht und ggf. die Pflicht eines Bieters, den Auftraggeber auf von ihm erkannte Unstimmigkeiten in einem LV aufmerksam zu machen, bleibt hiervon unberührt. Das Vergabeverfahren muss jedenfalls auf der Grundlage des fehlerhaften LV zu Ende geführt werden. Ggf. muss die Vergabestelle prüfen, ob die Voraussetzungen für die Aufhebung einer Ausschreibung nach § 26 VOB/A gegeben sind.

Im Übrigen laufen die Bieter, die mangelhafte LV dahingehend nutzen, Kosten-/Preisverlagerungen vorzunehmen, um sich dadurch finanzielle Vorteile zu verschaffen, stets Gefahr, in der 2. Wertungsstufe ausgeschlossen zu werden (s.u. Abschn. 5).

#### **Beispiel 2:**

**Ausgeschrieben wurden Kanalbauarbeiten. Die Position „Aushub Bodenkl. ...“ wurde erheblich abgepreist. Dafür wurde die Position „Rohrverlegearbeiten“ erheblich aufgepreist. Die Auf- und Abpreisungen sind aus dem Preisspiegel deutlich sichtbar. Sie überschreiten die Norm (s. Abschn. 4.2). Die Abpreisung bei der Bodenposition wurde im Aufklärungsgespräch u.a. mit Verwertungsmöglichkeiten begründet, was glaubhaft nachgewiesen und sachlich nicht zu beanstanden war. Dagegen wurde die Aufpreisung bei der Position „Rohrverlegearbeiten“ nicht oder beispielsweise damit begründet, dass es einem Bieter nicht verwehrt sein kann, kalkulatorische Vorteile bei einer LV-Position (hier: Bodenaushub) anderweitig wieder durch den Ansatz zusätzlicher Gewinnmöglichkeiten auszugleichen.**

Auch im vorliegenden Falle sind spekulative Elemente erkennbar. Aufgepreist werden gezielt solche LV-Positionen, die keine Risiken beinhalten (hier: Rohrverlegearbeiten) bzw. die mit Sicherheit gemäß der Ausschreibung auch ausgeführt werden. Auch wenn die Preise bei der LV-Position „Aushub“ der „wahren Kalkulation“ entsprechen, bleibt doch die Frage, ob ein Bieter Kalkulationsvorteile (hier: Verwertungsmöglichkeiten für Bodenmaterial) dahingehend nutzen darf, dass er gleichzeitig andere Positionen erheblich aufgepreist.

Die GPA vertritt die Auffassung, dass auch im vorstehenden Beispiel eine unzulässige Mischkalkulation i.S. der BGH-Entscheidung vorliegt. Man darf von den Bietern verlangen, dass sie auch in solchen Fällen, in denen „Abpreisungen“ sachlich begründet sind, „Aufpreisungen“ unterlassen. Den Bietern ist es nicht verwehrt, in ihrer Kalkulation **hohe Gewinne** auszuweisen. Insofern besteht Kalkulationsfreiheit. Aber man darf von ihnen erwarten, dass sie ihre Einheitspreise nach allgemeinen Kalkulationsgrundsätzen errechnen (s. Abschn. 4.2). Dazu gehört u.a. auch, dass sie die „Gewinne“ grundsätzlich in den Umlagekosten erfassen und somit auf alle LV-Positionen verteilen und nicht einseitig und gezielt bestimmte LV-Positionen mit „zusätzlichen Gewinnen“ aufpreisen.

### **Beispiel 3 - Aufpreisungen bei zentralen LV-Positionen<sup>1</sup> und Abpreisungen bei vielen kleineren LV-Positionen**

**Ausgeschrieben wurden Entwässerungskanalarbeiten mit den üblichen LV-Titeln (Baustelleneinrichtung, Erdarbeiten, Rohrlegearbeiten usw.). Aus dem Preisspiegel ist ersichtlich, dass die LV-Positionen „Baustelleneinrichtung“ (Psch.), „Erdaushub“ (m<sup>3</sup>) und „Rohrverlegung“ (m) erheblich aufgepreist, dagegen viele andere - auch kleinere - LV-Positionen (z.B. Sandbettung, Abfuhr des überschüssigen Materials, Bodenaustausch) erheblich abgepreist oder gar mit 0,01 EUR angeboten worden sind. Im Aufklärungsgespräch gab der Bieter an, dass seine Preisgestaltung (Verlagerung der Kosten bzw. Preise auf wenige zentrale Positionen) keine spekulativen Hintergründe hat, sondern ausschließlich aus Gründen der Abrechnungsvereinfachung vorgenommen wurde.**

Es mag zutreffend sein, dass der Bieter bei Angebotsabgabe nur eine eigenwillige Kalkulationsmethode und keine spekulativen Überlegungen verfolgt hat. Das Angebot ist aber in der 1. Wertungsstufe zwingend auszuschließen, weil die „tatsächlich geforderten Preise“ zu jeder LV-Position objektiv nicht angeboten worden sind. Die Motive des Bieters sind unerheblich.

### **Beispiel 4 - Aufpreisung bei LV-Position „Bodeneinbau“ und Abpreisung bei LV-Position „Fremdmaterial“**

**Ausgeschrieben wurden 2000 m<sup>3</sup> „Einbau seitlich gelagertes Aushubmaterial“ und 2000 m<sup>3</sup> „Einbau Fremdmaterial“. Die Mengenansätze sind geschätzt. Der Preisspiegel zeigt deutlich eine erhebliche Aufpreisung bei der LV-Position „Wiedereinbau“ und eine erhebliche Abpreisung bei der LV-Position „Fremdmaterial“. Im Aufklärungsgespräch gibt der Bieter nur an, dass der Boden für einen Wiedereinbau geeignet und die Position „Fremdmaterial“ entbehrlich sei.**

---

<sup>1</sup> Das Beispiel wurde entnommen bei Stemmer in BauR 2004, 553.

Das Angebot hat offensichtlich spekulative Hintergründe. Der Bieter rechnet damit, dass 4000 m<sup>3</sup> wieder eingebaut werden und die Position „Fremdmaterial“ ganz oder überwiegend entfällt. Alle anderen Bietererklärungen wären auch wenig plausibel. Unabhängig vom Motiv aber kann das Angebot schon in der 1. Wertungsstufe ausgeschlossen werden. Der Auftraggeber kann vom Bieter verlangen, dass er die Ansätze des LV akzeptiert und danach die geforderten Preise abgibt.

#### **4.7.3 Beispiele für einseitige Abpreisungen und Bietererklärungen in Aufklärungsgesprächen**

Zunächst ist allgemein anzumerken, dass es einem Bieter - auch nach den Bestimmungen der VOB/A - nicht verwehrt ist, in seiner Kalkulation auf bestimmte **Kostenansätze** ganz oder teilweise zu **verzichten**. Beispielsweise können sog. **Nullpreise, Minuspreise oder 0,01 EUR-Preise** durchaus seriös bzw. mit allgemeinen Kalkulationsgrundsätzen zu vereinbaren sein. Den Bietern ist es nicht verwehrt, bei bestimmten LV-Positionen erhebliche „Abpreisungen“ vorzunehmen oder evtl. auch auf Preisangaben ganz zu verzichten, wenn sie im konkreten Vergabe- bzw. Auftragsfall **Verwertungsmöglichkeiten** bzw. **Erlöse** haben (z.B. für auszubauende Baustoffe, die in ihr Eigentum übergehen), **abgeschriebene Geräte** mit „Null“ kalkulieren oder erhebliche **Vergünstigungen** erhalten (z.B. von Lieferanten). Sie sind nicht gehindert, solche Vorteile in ihrer Kalkulation zu berücksichtigen. Die Preise entsprechen dann der tatsächlichen Kalkulation.

Ferner können einzelne Einheitspreise **unauskömmlich niedrig kalkuliert** worden sein. Beruhen auffällig niedrige Preise auf **Kalkulationsfehlern**, ist dies ebenfalls kein Ausschlussgrund in der 1. Wertungsstufe.

In jedem Fall wird aber empfohlen, auch bei erkennbaren einseitigen Abpreisungen Aufklärungsgespräche zu führen.



### **Beispiel 1 - Einseitige Abpreisung bei Position Spundwand<sup>1</sup>**

**Ausgeschrieben wurden 500 m<sup>2</sup> Spundwand. Angeboten wurde ein Einheitspreis von 10 EUR/m<sup>2</sup> statt eines angemessenen Preises von 40 EUR/m<sup>2</sup> (Unterdeckung rd. 15.000 EUR bei einer Auftragssumme von beispielsweise 300.000 EUR). Kosten-/Preisverlagerungen konnten im Preisspiegel nicht erkannt und auch nach dem Aufklärungsgespräch nicht zwingend vermutet werden. Der Bieter selbst begründet den niedrigen Preis global mit Einsparungen bei den Bauhilfsstoffkosten oder er gibt überhaupt keine plausiblen Erklärungen ab.**

Nach Auffassung der GPA kann im vorstehenden Beispiel das Angebot nicht in der 1. Wertungsstufe ausgeschlossen werden, auch wenn nach dem Aufklärungsgespräch Zweifel bestehen bleiben sollten. Natürlich wird ein wirtschaftlich denkender Bieter wohl kaum auf 15.000 EUR verzichten, d.h. dass vermutet werden kann, dass das Angebot doch Kosten-/Preisverlagerungen enthält. Es reicht hier aber nicht aus, einen Angebotsausschluss in der 1. Wertungsstufe zu begründen.

### **Beispiel 2 - Einseitige Abpreisung bei der Position „Fels“**

**Ausgeschrieben wurden u.a. 500 m<sup>3</sup> „Aushub Bodenklasse 7“ als eigenständige Position. Angeboten wurde ein auffallend niedriger Preis (z.B. 5,00 EUR, 1,00 EUR oder gar 0,01 EUR). Der Preis der Mitbieter lag im Schnitt bei 50 EUR. Im Preisspiegel sind Aufpreisungen nicht erkennbar. Im Aufklärungsgespräch gibt der Bieter an, dass er bei dieser LV-Position auf kalkulatorische Ansätze deshalb überwiegend verzichten konnte, weil er für das Material z.B. anderweitige Verwertungsmöglichkeiten hat oder weil er den Geräteeinsatz<sup>2</sup> aufgrund zwischenzeitlicher Abschreibungen mit „Null“ ansetzen konnte.**

Auch im vorliegenden Fall können spekulative Hintergründe bestehen. Der Bieter hat evtl. eine erhebliche Abpreisung deshalb vorgenommen, weil er damit rechnet, dass die Position nicht oder nur mit geringen Mengen ausgeführt wird. Unabhängig aber vom Motiv ist ein Angebotsausschluss in der 1. Wertungsstufe nicht möglich, wenn zwingende Erkenntnisse für Kosten-/Preisverlagerungen nicht gegeben sind.

---

<sup>1</sup> Das Beispiel wurde entnommen bei Stemmer in BauR 2004, 552, der aber einen Ausschlussgrund in der 1. Wertungsstufe sieht.

<sup>2</sup> Z.B. Meißelbagger.

Im Übrigen wäre im vorliegenden Fall auch eine Kostenverlagerung von der Felsposition in die Position „Baustelleneinrichtung“ sachlich begründet, weil Gerätekosten (hier z.B. der Meißelbagger) kalkulatorisch auch in der Position „Baustelleneinrichtung“ erfasst werden können (s. Abschn. 4.2). Zu prüfen wäre im vorliegenden Fall allenfalls noch, ob der seltenere Ausschlussgrund in der 3. Wertungsstufe gegeben ist (s.u. Abschn. 6).

Im Übrigen hat der Bieter im Auftragsfall die ausgeschriebene Leistung zu den angebotenen Preisen auszuführen. Bei etwaigen Mengenänderungen gilt § 2 Nr. 3 VOB/B.

### **Beispiel 3 - Einseitige Abpreisung bei der Position „Fremdmaterial“**

**Bei der ausgeschriebenen LV-Position „Einbau Fremdmaterial“ wurde ein extrem niedriger Preis angeboten. Gleichzeitige Aufpreisungen sind im Preisspiegel nicht ersichtlich. Im Aufklärungsgespräch gibt der Bieter an, dass er das geforderte Bodenmaterial kostenlos zur Verfügung stellen kann.**

Der Angebotspreis kann sachlich begründet sein, aber auch rein spekulative Hintergründe haben. Denkbar ist, dass der Bieter darauf spekuliert, dass die LV-Position nicht oder nur in geringem Umfang ausgeführt wird (weil das Aushubmaterial für den Wiedereinbau geeignet ist). Denkbar ist aber auch, dass der Bieter von Anfang an die Absicht hat, nicht das ausgeschriebene Material einzubauen (z.B. Kies-Sand), sondern billigeres Material, das er vorrätig hat.

Im vorliegenden Fall besteht kein Ausschlussgrund in der 1. Wertungsstufe, wenn nicht gleichzeitig Kosten-/Preisverlagerungen nachgewiesen werden. Im Auftragsfall wird aber der Auftraggeber gut beraten sein, den Auftragnehmer intensiv zu überwachen. Die GPA stellt nämlich wiederholt fest, dass nicht das ausgeschriebene Material, sondern billigeres Material eingebaut und dass gleichzeitig versäumt wird, entweder von dem Beseitigungsrecht nach § 2 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B oder von Preisminderungen nach § 2 Nr. 5 VOB/B Gebrauch zu machen. Im Übrigen kann einem Bieter, der bei früheren Aufträgen schon wiederholt vertragswidrige Leistungen erbracht hat, im konkreten Vergabeverfahren unterstellt werden, dass er erneut versuchen wird, vom Vertrag abzuweichen (Ausschlussgrund in der 2. Wertungsstufe wegen mangelnder Zuverlässigkeit).

#### 4.7.4 Beispiel für einseitige Aufpreisungen und Bietererklärungen in Aufklärungsgesprächen

**Ausgeschrieben wurde u.a. die LV-Position „Bodenaustausch“ (z.B. 500 m<sup>3</sup>). Angeboten wurde ein hoher Preis von 40 EUR. Der Preis der Mitbieter lag bei rund 15 EUR. Aus dem Preisspiegel sind Abpreisungen nicht erkennbar. Im Aufklärungsgespräch gibt der Bieter keine Erklärung ab (...oder er erklärt, dass er den Preis in der Tat zu hoch kalkuliert hat). Im Übrigen aber verneint der Bieter auf Befragen Kosten-/Preisverlagerungen bzw. Abpreisungen in anderen LV-Positionen.**

Das Angebot kann spekulative Hintergründe haben. Wurden die LV-Mengenansätze nur geschätzt, können durchaus beispielsweise 1.000 m<sup>3</sup> zur Ausführung kommen, was für den Bieter wegen des hohen Einheitspreises einen „zusätzlichen Abrechnungsgewinn“ bedeuten würde.

Im vorliegenden Fall ist aber ein formaler Ausschlussgrund in der 1. Wertungsstufe nicht gegeben, wenn Kosten-/Preisverlagerungen nicht ersichtlich sind. Dem Bieter ist es nach § 21 VOB/A nicht verwehrt, einseitig hohe Einheitspreise anzubieten<sup>1</sup>. Zu prüfen wäre hier allenfalls noch, ob Ausschlussgründe in der 2. Wertungsstufe gegeben sind.

#### 4.8 Zuschlag trotz „Mischkalkulation“ aus wirtschaftlichen Gründen?

Es fällt den Auftraggebern in der Regel leicht, erstplatzierte Angebote mit gravierenden Mischkalkulation dann auszuschließen, wenn die betreffenden Bieter in der Bieterangfolge nur mit **kleinerem Abstand** vor zweitplatzierten Bietern liegen. Ein durch die Beauftragung eines zweitplatzierten (normal kalkulierenden) Bieters möglicherweise eintretender finanzieller Verlust ist überschaubar bzw. hält sich in Grenzen.

Häufig ist es aber der Fall, dass Angebote mit Mischkalkulationen mit **größerem Abstand** an erster Stelle liegen und dass solche Angebote, auch wenn sie spekulative Preiselemente beinhalten, aufgrund einer Prognoseentscheidung eindeutig immer noch die **wirtschaftlichsten bzw. preisgünstigsten Angebote** darstellen. Es ist allgemein bekannt, dass Auftragserteilungen auf spekulative An-

---

<sup>1</sup> Hohe Einheitspreise werden häufig auch bei Bedarfspositionen ausgewiesen; vgl. die GPA-Mitt. Bau 4/2004 Az. 600.532.

gebote für die Auftraggeber dann nicht zu finanziellen Nachteilen führen können, wenn die Ansätze in den Leistungsverzeichnissen (Mengenansätze und Positionen) zutreffend oder im Wesentlichen zutreffend sind. In solchen Fällen wird dann ein erstplatzierter spekulierender Bieter auch bei einem späteren **fiktiven Abrechnungsvergleich** immer noch der preisgünstigste Bieter bleiben.<sup>1</sup>

Nach der Entscheidung des BGH sind Angebote mit Mischkalkulationen - ohne Wertungsermessen der Vergabestellen - aus formalen Gründen zwingend auszuschließen. Dies hat die Konsequenz, dass von den Vergabestellen in der 1. Wertungsstufe **keine wirtschaftlichen Überlegungen** angestellt werden dürfen. Insofern ist der Ausschlussgrund bei Angeboten mit unzulässigen Mischkalkulationen vergleichbar mit jenen Fällen, in denen wirtschaftlich interessante Angebote aus anderen formalen Gründen auszuschließen sind (z.B. wegen fehlender Preise, Fabrikatsangaben oder Nachunternehmererklärungen).

Die Nichtbeachtung des § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A führt zwingend zum Angebotsausschluss. Nach § 21 VOB/A wird nicht differenziert zwischen formalen Fehlern, die wettbewerbserheblich oder nicht wettbewerbserheblich sind<sup>2</sup>.

Ist das Angebot eines erstplatzierten spekulierenden Bieters in der 1. Wertungsstufe auszuschließen, aber nach sicherer Prognoseentscheidung mit Abstand das wirtschaftlichste Angebot, bleibt der Vergabestelle künftig nur die Möglichkeit, abzuwägen, ob Gründe für eine **Aufhebung der Ausschreibung** nach § 26 VOB/A gegeben sind. Gründe für die Aufhebung einer Ausschreibung können dann gegeben sein, wenn das zweitplatzierte Angebot preislich nicht mehr annehmbar ist oder wenn mehrere Bieter in den vorderen Rangstellen spekulative Angebote abgegeben haben.

---

<sup>1</sup> Abgesehen von dem Zinsvorteil, den ein spekulierender Bieter dann hat, wenn er bei der Pos. Baustelleneinrichtung hohe Preise anbietet und dadurch früher zu höheren Abschlagszahlungen gelangt.

<sup>2</sup> Die Bestimmungen des § 25 VOB/A bieten hier wesentlich mehr Ermessensspielräume.

#### 4.9 Ansprüche des zweitplatzierten Bieters bei Mischkalkulation?

Die BGH-Entscheidung hat weiter die Konsequenz, dass im Nichtausschlussfall eines mischkalkulierten Angebots beispielsweise zweitplatzierte Bieter ihre Rechte in einem **Nachprüfungsverfahren** nach den §§ 102 ff. GWB (betr. EG-Ausschreibungen) oder **Schadensersatzansprüche** (betr. die Unterschwellenwertvergaben) geltend machen können. Dies natürlich vorausgesetzt, dass bei den betreffenden Bietern selbst keine Ausschlussgründe vorliegen (z.B. dass sie Angebote mit den tatsächlich geforderten Preisen abgegeben haben).

#### 4.10 Gilt die BGH-Entscheidung auch für Pauschalpreisnebenangebote?

Im Tiefbaubereich ist es häufig der Fall, dass Bieter neben den Hauptangeboten (betr. die Einheitspreisverträge) zusätzlich noch **Pauschalpreisnebenangebote** abgeben. Nicht selten ist es der Fall, dass sie mit den Hauptangeboten nicht an erster Stelle liegen bzw. nur mit dem Pauschalpreisnebenangebot an die erste Rangstelle gelangen.

Pauschalpreisnebenangebote können sich nur auf bestimmte LV-Titel<sup>1</sup> (**Teilpauschalen**) oder auf das gesamte LV beziehen (**Vollpauschalen**).

##### Beispiel für Teilpauschalierung:

Nach den Hauptangeboten ergibt sich diese Biiterrangfolge:

- |           |   |
|-----------|---|
| 1. Bieter | 800.000 EUR   |
| 2. Bieter | 820.000 EUR   |
| 3. Bieter | 850.000 EUR (780.000 EUR durch Pauschalpreisnebenangebot auf Titel Erdarbeiten) |

Im Hauptangebot des dritten Bieters waren die Einheitspreise im Titel „Rohrverlegearbeiten“ auffallend hoch, was mit ausschlaggebend dafür war, dass der Bieter nicht an erster Rangstelle liegt. Der dritte Bieter gibt ein **(Teil-) Pauschal-**

---

<sup>1</sup> Z.B. auf den LV-Titel Erdarbeiten oder Wasserhaltung.



**preisnebenangebot nur für den LV-Titel „Erdarbeiten“** ab. Der Pauschalpreis ist wesentlich niedriger als die LV-Titel-Summe für die Erdarbeiten im Hauptangebot. Insgesamt kommt der dritte Bieter mit seinem Pauschalpreisnebenangebot mit 780.000 EUR an die erste Rangstelle.

Es stellt sich die Frage, ob die BGH-Entscheidung auch für solche (Teil-) Pauschalpreisnebenangebote gilt.

Dies lässt sich nach Auffassung der GPA bejahen, weil es sich im vorliegenden Fall **insgesamt** immer noch um einen **Einheitspreisvertrag** handelt (in Einheitspreisverträgen können die Preise einzelner Titel oder LV-Positionen pauschaliert sein). Dies bedeutet, dass im vorliegenden Beispiel ein Angebotsausschluss des „Hauptangebots mit (Teil-)Pauschalpreisnebenangebot“ in der 1. Wertungsstufe wegen Kosten-/Preisverlagerungen zwingend gegeben ist, weil das Gesamtangebot erhebliche Auf- und Abpreisungen enthält (aufgepreiste Einheitspreise bei den Rohrverlegearbeiten und eine abgepreiste Teilpauschale bei den Erdarbeiten).

Eine weitere Frage ist die, wie verfahren werden kann, wenn ein Bieter ein Pauschalpreisnebenangebot abgibt und darin einen **Komplettpauschalpreis** für die gesamte ausgeschriebene Leistung anbietet.

In solchen Fällen kann nach Auffassung der GPA die BGH-Entscheidung nicht angewandt werden, weil sie sich eindeutig nur auf Einheitspreisverträge und **nicht auf Pauschalpreisverträge** bezieht. Dass auch (Voll-) Pauschalpreisnebenangebote spekulative Hintergründe haben können, ist hinreichend bekannt (im Unterschied zu Einheitspreisangeboten ist hier allerdings die „wahre“ Preisgestaltung nicht transparent; angeboten wird hier nur **ein Gesamtbetrag**).

Pauschalpreisnebenangebote sind in der Angebotswertung sorgfältig zu prüfen. Die Problematik bei der Wertung solcher Angebote kann hier nicht weiter vertieft werden. Ein Ausschluss solcher Angebote in der 1. Wertungsstufe ist jedenfalls unter Hinweis auf die BGH-Entscheidung nicht zulässig. Ein formaler Ausschlussgrund für solche Angebote wäre beispielsweise dann gegeben, wenn die Vergabeunterlagen einen ausdrücklichen Hinweis enthalten, dass solche Nebenangebote ausgeschlossen sind.

#### 4.11 Zusammenfassung, Empfehlungen

- Die Entscheidung des BGH ist zu begrüßen. Sie ermöglicht - trotz neuer aufgeworfener Fragen und Probleme - die **Bekämpfung der Spekulationsangebote mit Mischkalkulationen schon in der 1. Wertungsstufe.**
- Die kommunalen Auftraggeber müssen Angebote, die erkennbar „**Auf- und Abpreisungen**“ bzw. **Kosten-/Preisverlagerungen** ausweisen, künftig in der 1. Wertungsstufe zwingend ausschließen. Dies gilt auch für wirtschaftlich interessante Angebote. Dabei spielt das **Motiv** für solche Preisgestaltungen keine Rolle.
- Es wird empfohlen, bei Herausgabe der Vergabeunterlagen - zumindest für einen bestimmten Zeitraum - die Bewerber (z.B. in einem Begleitschreiben zur Angebotsaufforderung) ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass sie mit einem Angebotsausschluss rechnen müssen, wenn die Einheitspreise auf der Grundlage von Mischkalkulationen angeboten werden bzw. nicht der „wahren Kalkulation“ entsprechen.
- Allein die Sichtung und Auswertung eines **Preisspiegels** genügt in der Regel nicht, einen Ausschluss in der 1. Wertungsstufe zu begründen. Grundsätzlich sind **Aufklärungsgespräche** zu führen.
- Es bestehen keine Bedenken, Mischkalkulationen in „Bagatellfällen“ einstweilen noch zu tolerieren, vorausgesetzt, dass in der Vergabepaxis die allgemeinen Vergabegrundsätze wie „Gleichbehandlung“ und „Vermeidung von Vergabemanipulationen“ beachtet werden. Mischkalkulationen in Bagatellfällen können hingenommen werden, wenn sie nicht bei den sog. zentralen LV-Positionen vorgenommen worden sind. Welche LV-Positionen bei den jeweiligen Ausschreibungen bzw. Gewerken als sog. **zentrale Positionen** anzusehen sind, lässt sich im Einzelfall nach allgemeinem Verständnis und nach deren Bedeutung im Verhältnis zur Gesamtangebotssumme einzigermaßen beurteilen.

- Angebote mit erkennbar nur **einseitigen Auf- und Abpreisungen** können in der 1. Wertungsstufe in der Regel nicht ausgeschlossen werden, wenn nicht zugleich Kosten- /Preisverlagerungen nachgewiesen werden. Aber auch in solchen Fällen sind grundsätzlich Aufklärungsgespräche zu führen. Zu prüfen sind insbesondere mögliche Ausschlussgründe in der 2. oder 3. Wertungsstufe. Überhaupt bleibt von der BGH-Entscheidung unberührt die Möglichkeit, auch Angebote mit Mischkalkulationen ggf. erst in der **2. oder 3. Wertungsstufe** auszuschließen.
- Zur **Prüfung der Wirtschaftlichkeit** von Spekulationsangeboten ist es nicht zulässig, die ausgeschriebenen Mengen und Positionen im LV nochmals zu verändern und auf der Grundlage eines veränderten LV eine neue Bieter-rangfolge festzulegen. Das Problem der Spekulationsangebote kann also nicht in der 4. Wertungsstufe gelöst werden. Es ist aber zulässig, in der 2. Wertungsstufe ggf. eine **Prognoseentscheidung** über den Umfang der Bauausführung zu treffen, wenn es darum geht, einem Bieter mangelnde Zuverlässigkeit deswegen vorzuwerfen, weil er Schwächen und Risiken im LV oder fehlerhafte LV-Ansätze zur Abgabe eines Spekulationsangebots ausgenutzt hat.

Die GPA geht davon aus, dass bei konsequenter Handhabung der vorstehenden Empfehlungen Angebote mit Mischkalkulation in absehbarer Zeit nicht mehr in dem Ausmaß abgegeben werden, wie sie in den letzten Jahren leider schon zum Alltag gehört haben.



## 5 Angebotsausschluss in der 2. Wertungsstufe

### 5.1 Vergabebestimmungen

Wortlaut § 25 Nr. 2 VOB/A:

**(1) Bei Öffentlicher Ausschreibung ist zunächst die Eignung der Bieter zu prüfen. Dabei sind anhand der vorgelegten Nachweise die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten bietet; dies bedeutet, dass sie die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen und über ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügen.**

**(2) Bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe sind nur Umstände zu berücksichtigen, die nach Aufforderung zur Angebotsabgabe Zweifel an der Eignung des Bieters begründen (vgl. § 8 Nr. 4).**

### 5.2 Vergabegrundsätze mit Beispielen

Von den Ausführungen in den Abschnitten 3 und 4 unberührt bleibt die Möglichkeit, nach § 25 Nr. 2 VOB/A Angebote von Bieter auszuscheiden, die nicht über die erforderliche **Zuverlässigkeit** verfügen (**Ermessensentscheidung**). Mangelnde Zuverlässigkeit kann gegeben sein bei Bieter, die Unrichtigkeiten, Unstimmigkeiten, Risiken oder Schwächen in einem LV<sup>1</sup> dazu ausnutzen, spekulative Angebote abzugeben (vgl. insbesondere die Entscheidungsfälle 1 und 10 in der Anlage oder Stemmer in BauR 2004, 549). Dazu folgende Beispiele aus der Prüfungs- oder Beratungspraxis der GPA:

#### **Beispiel 1 - Betoninstandsetzungsarbeiten bei einer Kläranlage**

**Für Betoninstandsetzungsarbeiten bei einer Kläranlage wurden u.a. folgende LV-Positionen ausgeschrieben (zugleich Bieterfolge):**

---

<sup>1</sup> Leistungsverzeichnisse im Tiefbaubereich enthalten trotz erstellter Bodengutachten grundsätzlich Risiken.

LV-Positionen (Auszüge):		Bieter (Einheitspreise):			
		A	B	C	D
Pos. 1	80 m <sup>2</sup> Beton abbrechen bis 3 cm	10 DM	38 DM	55 DM	180 DM
Pos. 2	60 m <sup>2</sup> Beton abbrechen bis 5 cm	196 DM	48 DM	60 DM	250 DM
Pos. 3	40 m <sup>2</sup> Beton abbrechen bis 10 cm	10 DM	75 DM	65 DM	450 DM
Pos. 4	80m <sup>2</sup> Fertigmörtel bis 3 cm	10 DM	44 DM	125 DM	38 DM
Pos. 5	60m <sup>2</sup> Fertigmörtel bis 5 cm	260 DM	60 DM	135 DM	48 DM
Pos. 6	40m <sup>2</sup> Fertigmörtel bis 10 cm	10 DM	75 DM	145 DM	68 DM
Gesamtangebotssummen rund		552 TDM	565 TDM	640 TDM	745 TDM

Der Abstand zwischen dem 1. Bieter (Bieter A) und dem 2. Bieter (Bieter B) betrug nur 13 TDM.

Im Angebot des erstplatzierten Bieters A fiel auf, dass die LV-Positionen „bis 3 cm“ und „bis 10 cm“ einen spekulativ niedrigen Einheitspreis von 10 DM und dass die LV-Positionen „bis 5 cm“ einen hohen Einheitspreis von 196 DM bzw. 260 DM ausweisen. Die ausgeschriebenen Mengen konnten bei Erstellung des LV nicht sicher ermittelt werden (z.B. durch vorherige Probebohrungen). Sie wurden geschätzt. Es handelte sich hierbei also um sog. Risikopositionen.

Die Spekulation des erstplatzierten Bieters wäre im Auftragsfall aufgegangen, wenn fast ausschließlich nur die mittlere Position (bis 5 cm) zur Ausführung gekommen wäre. Dann hätte der erstplatzierte Bieter wesentlich teurer abgerechnet als beispielsweise der zweitplatzierte Bieter.

Der Auftraggeber darf in der 2. Wertungsstufe, insbesondere wenn es um Fragen der Zuverlässigkeit geht, grundsätzlich eine **Prognoseentscheidung** treffen. Dies gilt nicht nur bei einem möglichen Bieterausschluss wegen „Fehlverhaltens bei früheren Aufträgen“, sondern auch in Fällen spekulativer Preisgestaltung. Der Auftraggeber darf die Risiken eines LV abschätzen. Wenn er im obigen Beispiel zu dem Ergebnis gelangt, dass überwiegend die mittlere Position „bis 5 cm“ zur Ausführung kommen kann (Prognosentscheidung), muss er nicht „sehenden Auges“ den spekulierenden Bieter beauftragen und erhebliche finanzielle Nachteile in Kauf nehmen.

Im obigen Beispiel wurde das Angebot zu Recht **wegen mangelnder Zuverlässigkeit** des Bieters ausgeschlossen. Wer Schwächen oder Risiken eines LV dadurch ausnutzt, dass er spekulative Preise in der Erwartung anbietet, erhebliche finanzielle Vorteile daraus zu ziehen, ist nicht zuverlässig. Der Bieter nimmt durch sein Verhalten in Kauf, dass dem Auftraggeber erheblicher Schaden zugefügt wird. Deshalb wird in solchen Fällen eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber und Bieter nicht mehr möglich sein. Der Auftraggeber darf vom Bieter auch bei risikobehafteten Leistungsverzeichnissen grundsätzlich

erwarten, dass er reell kalkuliert und die Situation nicht durch spekulative Preisgestaltung ausnutzt.

Im Übrigen handelt es sich im vorliegenden Beispiel eindeutig um eine Mischkalkulation, sodass auch schon ein formeller Ausschlussgrund in der 1. Wertungsstufe gegeben wäre.

### **Beispiel 2 - Wärmedämmarbeiten an Heizungsanlagen**

**Ausgeschrieben wurden Wärmedämmarbeiten an Heizungsanlagen nach DIN 18421. Ausgeschrieben wurden viele kleinere Zulagepositionen, u.a. beispielsweise eine Zulageposition „Aufbrüche an Blechummantelungen, Maße ...“. Ausgeschrieben wurden 10 Stück Aufbrüche. Angeboten wurde ein Einheitspreis von 12 EUR/Stück. Bei den anderen kleineren Zulagepositionen (ebenfalls mit der Menge 10 Stück ausgeschrieben) wurden ähnlich hohe Preise angeboten. Diese Preise waren etwa um das 10-fache überhöht, was sich aber wegen der jeweiligen geringen LV-Menge (10 Stück) in der Gesamtangebotssumme (rd. 20.000 EUR) kaum niederschlug. Die spekulativ hohe Preisgestaltung wurde sichtbar im Preisspiegel.**

**Im Vergabeverfahren hatte es sich dann herausgestellt, dass die Mengenanätze falsch waren. Bei den kleineren Zulagepositionen hätten korrekterweise Ansätze von 200 Stück ausgewiesen werden müssen.**

**Hätte man den erstplatzierten Bieter mit den spekulativ hohen Preisen beauftragt, hätte die Abrechnungssumme voraussichtlich rund 30.000 EUR betragen.**

Der erstplatzierte Bieter wurde wegen mangelnder Zuverlässigkeit vom Wettbewerb ausgeschlossen, weil er, statt den Auftraggeber über die Unrichtigkeiten im LV zu informieren, die Situation dazu ausgenutzt hat, „heimlich“ spekulativ hohe Einheitspreise anzubieten in der sicheren Annahme, daraus erhebliche finanzielle Vorteile ziehen zu können.

Im vorliegenden Beispiel ist ein Ausschlussgrund in der 1. Wertungsstufe nicht gegeben. Die Ausführungen in Abschnitt 3 und 4 sind auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

## 6 Angebotsausschluss in der 3. Wertungsstufe

### 6.1 Vergabebestimmungen

Wortlaut § 25 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A

(1) Auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis darf der Zuschlag nicht erteilt werden.

(2) Erscheint ein Angebotspreis unangemessen niedrig und ist anhand vorliegender Unterlagen über die Preisermittlung die Angemessenheit nicht zu beurteilen, ist vom Bieter schriftlich Aufklärung über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen zu verlangen, ggf. unter Festlegung einer zumutbaren Antwortfrist. Bei der Beurteilung der Angemessenheit sind die Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, die gewählten technischen Lösungen oder sonstige günstige Ausführungsbedingungen zu berücksichtigen.

### 6.2 Vergabegrundsätze mit Beispiel

Angebote mit einseitigen „Abpreisungen“ bzw. auffallend niedrigen Einheitspreisen bei einzelnen gewichtigen LV-Positionen können nach § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A ausgeschlossen werden, wenn deswegen zugleich auch der **Gesamtangebotspreis** unangemessen niedrig ist<sup>1</sup>. Dieser Fall ist zu unterscheiden von den Ausführungen in den Abschnitten 3 und 4 (s. auch BGH a.a.O.)

**Beispiel:**

Ausgeschrieben wurden 1.000 m<sup>3</sup> „Aushub Bodenklasse 7“ als eigenständige LV-Position. Vom erstplatzierten Bieter wurde ein Einheitspreis von 0,01 EUR angeboten (anstatt ein realer Preis von beispielsweise 100 EUR). Als Folge davon lag der betreffende Bieter auch mit rd. 100.000 EUR mit großem Abstand an erster Stelle der Biiterrangfolge. Ein Preisausgleich bei anderen Positionen (z.B. bei der Position „Baustelleneinrichtung“) war nicht erkennbar.

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in der GPA-Mitt. Bau 3/2004 Az. 600.532.

**In einem Aufklärungsgespräch gab der Bieter an, dass der Preis bei der Felsposition nur symbolische Bedeutung hat, weil nach seinen Recherchen und örtlichen Kenntnissen mit Felsvorkommen nicht zu rechnen ist bzw. die LV-Position nicht zum Tragen kommt<sup>1</sup>. Dagegen war den Vergabeunterlagen ein Bodengutachten beigelegt, aus dem deutlich hervorging, dass im Baustellenbereich mit größerem Felsvorkommen zu rechnen ist.**

Im vorstehenden Beispiel ist davon auszugehen, dass der Gesamtangebotspreis nicht mehr angemessen i.S. des § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A ist. Die Vergabestelle muss sich - schon aus Gründen der Gleichbehandlung aller Bieter und zur Vermeidung von Vergabemanipulationen - auf das Bodengutachten stützen und in ihrer Entscheidung zwingend davon ausgehen, dass mit größerem Felsvorkommen zu rechnen ist und deshalb die Bauleistung zum niedrig angebotenen Gesamtpreis nicht mehr ordnungsgemäß durchgeführt werden kann.

## **7 Angebotsausschluss in der 4. Wertungsstufe?**

In Schrifttum und Rechtsprechung wird gelegentlich die Auffassung vertreten, dass spekulative Angebote mit Kosten-/Preisverlagerungen oder einseitigen „Auf- oder Abpreisungen“ ggf. auch in der 4. Wertungsstufe ausgeschlossen werden könnten. Insbesondere wird dargelegt, dass Mengen- und Positionsansätze, die zum Zeitpunkt der Wertung als unzutreffend erkannt werden, für Zwecke des Angebotsvergleichs bzw. für Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen noch berichtigt werden dürften.

### **Beispiel:**

<b>1. Bieter A</b>	<b>800.000 EUR (das Angebot enthält gravierende Auf- und Abpreisungen)</b>
<b>2. Bieter B</b>	<b>820.000 EUR</b>
<b>3. Bieter C</b>	<b>830.000 EUR</b>

---

<sup>1</sup> Die Preisangabe könnte auch rein spekulativ sein, was ein Bieter in einem Aufklärungsgespräch allerdings kaum zugeben wird.

**Aufgrund des erstplatzierten Spekulationsangebots werden die LV-Ansätze nochmals überprüft und überarbeitet (z.B. die Mengen geändert, überflüssige Positionen herausgenommen). Auf der Grundlage des überarbeiteten LV ergibt sich diese Bierrangfolge:**

- |                    |                    |
|--------------------|--------------------|
| <b>1. Bieter C</b> | <b>760.000 EUR</b> |
| <b>2. Bieter B</b> | <b>780.000 EUR</b> |
| <b>3. Bieter A</b> | <b>800.000 EUR</b> |

**Daraus ergibt sich, dass der Bieter C - und nicht der spekulierende Bieter A - im Auftragsfall aller Voraussicht nach als der preisgünstigste Bieter abrechnen wird.**

Die GPA hält eine solche Vorgehensweise in der 4. Wertungsstufe nicht für zulässig. Für die Feststellung der Bierrangfolge bleibt ausschließlich das LV maßgebend, das an die Bewerber herausgegeben wurde, auch wenn es sich nachträglich in der Phase der Angebotswertung (z.B. bei Aufklärungsgesprächen) herausstellen sollte, dass die LV-Ansätze objektiv fehlerhaft sind und ein Bieter - im obigen Beispiel der Bieter A - dies zu seinem finanziellen Vorteil ausgenutzt hat (**OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.03.1995, BauR 96, 98; vgl. dazu ferner die Vergabekammer Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 27.06.2000 Az. VK 10/00, Vergaberechtsreport 7/2000, 1; VÜA Hessen, Beschl. v. 22.10.1998, Vergaberechts-Report, 1/1999, 3; 2.VK Bund, Beschl. v. 06.05.2003, Vergaberechts-Report 8/2003, 3 betr. Positionen für Wartungsarbeiten, wonach die nachträgliche Herausnahme gegen das Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB verstößt**). Würde man anders verfahren, wären Vergabemanipulationen Tür und Tor geöffnet. Es könnten Bierrangfolgeverschiebungen eintreten, die auch normal kalkulierende Bieter betreffen.

Von den vorstehenden Ausführungen zu unterscheiden sind mögliche interne Prognoseentscheidungen, die ein Auftraggeber in der 2. Wertungsstufe treffen kann, um die Wirtschaftlichkeit bzw. die finanziellen Auswirkungen eines Spekulationsangebots zu beurteilen (s. Abschn. 5).

Das Problem der Behandlung spekulativer Preise muss also in der 1. bis 3. Wertungsstufe gelöst werden. Im obigen Beispiel wäre ggf. der Bieter A schon in der 1. Wertungsstufe auszuschließen.

**Anlage  
zum  
Sonderheft 2/2004 der GPA-Mitteilungen Bau**

## **Rechtsprechungsübersicht**

### **Entscheidung 1 - Spekulative Preise bei sieben LV-Positionen**

**Sachverhalt:** Eine Stadt schrieb die „Erneuerung der Straßenbeleuchtung“ aus. Bei einigen Positionen waren die Mengenansätze irrtümlich zu hoch angesetzt. Der nach rechnerischer Prüfung erstplatzierte Bieter hatte bei diesen (sieben) Positionen spekulative Preise von 1,00 DM, 2,00 DM oder 3,00 DM angeboten. Dem Bieter wurde nicht der Auftrag erteilt. Die Ausschreibung wurde aufgehoben.

**Entscheidung des Gerichts:** Die Schadensersatzforderungen des Bieters wurden abgelehnt. Der Bieter hat pflichtwidrig eine von ihm erkannte Unrichtigkeit im LV nicht offenbart, sondern versucht, durch eine willkürliche Preisgestaltung in den mit überhöhten Mengenansätzen ausgeschriebenen Positionen eine ungerechtfertigt günstige Stellung zu erlangen. Der Bieter hatte bei den anderen Positionen erheblich höhere Preise als seine Mitbieter. Unter Berücksichtigung der Mindermengen bei den Positionen mit den spekulativen Preisen war er damit nicht mehr preisgünstigster Bieter. Schon allein diese Manipulation des Bieters rechtfertigt seinen Ausschluss mangels ausreichender Zuverlässigkeit (§ 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A).

**OLG Düsseldorf, Urf. v. 28.07.1993, BauR 1994, 240**

### **Entscheidung 2 - Spekulative Preise bei 26 LV-Positionen**

**Sachverhalt:** Ausgeschrieben wurden Rohbauarbeiten für ein Feuerwehrgerätehaus. Die Angebotssumme des erstplatzierten Bieters betrug rd. 1.457 Mio. DM. Der zweitplatzierte Bieter, der später den Auftrag erhielt, lag um rund 17.000 DM höher. Der erstplatzierte Bieter hatte bei insgesamt 26 LV-Positionen im Wert von rund 180.000 DM Einheitspreise von 0,01 DM angeboten. Er hatte dafür die Pos. Baustelleneinrichtung erhöht. Der Auftraggeber hatte das Angebot des erstplatzierten Bieters in die engere Wahl genommen (4. Wertungsstufe) und es dann schließlich wegen mangelnder Seriosität und Zuverlässigkeit des Bieters ausgeschlossen. Der übergangene erstplatzierte Bieter forderte Schadensersatz in Höhe des entgangenen Gewinns.

**Entscheidung des Gerichts:** Die Vergabe an den zweitplatzierten Bieter war unzulässig. Die Wertungsstufen waren zwingend einzuhalten. In der 4. und letzten Wertungsstufe ging es nur noch um die Wirtschaftlichkeitsprüfung (das Gericht hatte dargelegt, dass das spekulative Angebot das Wirtschaftlichste war). In dieser Wertungsstufe darf ein Angebot nicht mehr mit der Begründung ausgeschlossen werden, der Bieter sei nicht zuverlässig. Dies hätte in der 2. Wertungsstufe geprüft werden müssen.

**OLG Jena, Urf. v. 27.02.2002, VergabeR 2002, 419 = IBR Mai 2002; vgl. ähnlich  
OLG Naumburg, Beschl. v. 07.05.2002, IBR 2002, 37**

### **Entscheidung 3 - Spekulative Unterpreise im Titel Erdarbeiten**

**Sachverhalt:** Im Titel Erdarbeiten, der rund 6 % des Gesamtauftrags ausmacht, wurden spekulative Unterpreise angeboten. Dafür wurden in den LV-Pos. Baustelleneinrichtung die Preise übersetzt.

**Entscheidung:** Ein Angebotsausschluss kann weder auf einen unangemessen niedrigen Preis i.S. des § 25 Nr. 3 VOB/A noch auf Unzuverlässigkeit des Bieters gemäß § 25 Nr. 2 VOB/A gestützt werden.

**VK BW, Beschl. v. 20.03.2002, Vergaberechts-Report 2002, 3; vgl. auch eine ähnliche Entscheidung der VK Nordbayern, Beschl. v. 27.06.2001, IBR 2002, 34**

**Anmerkung:** Aus dem Urteil geht nicht das Ausmaß der Spekulation hervor. Die Entscheidung mag im Ergebnis richtig sein, wenn nur „kleinere“ Spekulationen vorlagen und wenn diese auf die Bierrangfolge keinen Einfluss hatten. Entscheidungen zu spekulativen Angeboten sind typische Einzelfallentscheidungen.

### **Entscheidung 4 - Spekulative Preisangaben**

**Sachverhalt:** Bei einer kommunalen Ausschreibung betrug der Unterschied zwischen dem erstplatzierten Bieter und dem zweitplatzierten Bieter 3,38 % (über 30.000 Euro). Die Stadt beabsichtigte, dem zweitplatzierten Bieter den Auftrag zu erteilen wegen mangelnder Transparenz und wegen Unvollständigkeit.

**Entscheidung:** Das Angebot des erstplatzierten Bieters ist nicht unvollständig. Es fehlen keine Preise. Außerdem handelt es sich bei dem Angebot nicht um ein Unterangebot. Es besteht kein Missverhältnis zwischen Gesamtpreis und Leistung.

**VK Sachsen, Beschl. v. 23.05.2002, IBR 2002, 629**

**Anmerkung:** Die Begründung der Stadt und die Urteilsbegründung gehen an der Sache vorbei. Das Problem der Unzuverlässigkeit eines spekulierenden Bieters wurde hier überhaupt nicht angesprochen. Bei der vorliegenden Entscheidung war das Ausmaß der spekulativen Preisgestaltung nicht erkennbar. Möglicherweise ist deshalb die Entscheidung im Ergebnis richtig. Der Ausschluss eines spekulierenden Bieters wegen mangelnder Zuverlässigkeit setzt schon gewisse gravierende Preisverschiebungen mit möglichen nachteiligen finanziellen Folgen voraus. Dies wurde hier überhaupt nicht aufgezeigt.



## **Entscheidung 5 - Beauftragung eines spekulativen Angebots war zulässig**

**Sachverhalt:** Ein preislich zweitplatzierter Bieter forderte den Angebotsausschluss des Mindestbieters, weil dieser spekulative Preise angeboten hatte (bei einer Auftragssumme von 17.857 Mio. DM z.B: Einheitspreise von 0,01 DM; dafür lag der Bieter bei der Baustelleneinrichtung rund 147 % über dem Durchschnittspreis aller anderen Bieter). Die Vergabestelle beauftragte das Angebot mit den spekulativen Preisen.

**Entscheidung des Gerichts:** Maßgebend ist zunächst der Gesamtpreis. Spekulative Angebote können den Auftraggeber jedoch zur Prüfung verpflichten, welche **wirtschaftlichen Risiken** sich hieraus für ihn bei einer späteren Auftragsdurchführung ergeben können. Dies folgt aus § 97 Abs. 5 GWB, wonach nur das wirtschaftlichste Angebot beauftragt werden darf. Vergaberechtlich relevant können deshalb auch „**sachwidrig kalkulierte Einzelpreise**“ werden (z.B. überhöhte Baustelleneinrichtungskosten bzw. Zinsnachteile für den Auftraggeber). Da der Auftraggeber die „Gefahrenpotenziale“ der spekulativen Preisgestaltung erkannt hat und zutreffend bei der Wirtschaftlichkeitsbewertung einbezogen hat, durfte das Angebot beauftragt werden. Dazu ist noch folgender Leitsatz bekannt geworden: Die Aufhebung einer Ausschreibung liegt im Ermessen der Vergabestelle. Ein Anspruch eines Bieters auf Aufhebung kann sich nur ergeben, wenn dieses Ermessen mit dem Ergebnis auf Null reduziert wäre, dass nur eine Aufhebung ermessensfehlerfrei wäre.

**OLG Dresden, Beschl. v. 06.06.2002, VergabeR 2003, 64 = baurecht aktuell, 2003, 436 = Vergaberechts-Report 3/2003, 2 = IBR 2003, 212 mit Anmerkungen von Dyk, der kritisiert, dass der Senat die möglichen Mengenreduzierungen bei den Bodenaustauschpositionen bei seiner Entscheidung nicht hinreichend gewürdigt hat.**

**Anmerkung:** Das OLG Dresden geht offensichtlich davon aus, dass ein spekulatives Angebot durchaus **wirtschaftlich** gewertet bzw. ggf. auch mal in der Wertungsstufe 4 ausgeschlossen werden kann. Dies ist aber problematisch, weil der Auftraggeber an die Ansätze seines LV gebunden ist und z.B. mögliche Mengenreduzierungen bei der Wertung nicht berücksichtigen darf. Andernfalls würde sich der Auftraggeber dann genau so spekulativ verhalten wie der Bieter. Die GPA bleibt dabei, dass ein spekulatives Angebot dann ausgeschlossen werden kann, wenn finanzielle Nachteile drohen. Der Ausschlussgrund ist dann aber die mangelnde Zuverlässigkeit des Bieters (Wertungsstufe 2), wobei der Ausschluss zeitlich auch noch in der Wertungsstufe 4 erfolgen kann. Im Vergabevermerk ist lediglich dann der Ausschluss richtig zu begründen.

### **Entscheidung 6 - Spekulative Preise sind vollständige Preisangaben**

**Leitsätze:** Allein die Tatsache, dass ein Bieter preisliche Umlagerungen aus sog. Cent-Positionen in andere Positionen des LV vorgenommen hat, rechtfertigt keinen zwingenden Ausschluss des Angebots gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A. Auch bei sog. Cent-Positionen handelt es sich grundsätzlich um vollständige Preisangaben.

**VK Sachsen, Beschl. v. 22.03.2004, IBR 2004, 269**

### **Entscheidung 7 - Spekulative Preise sind vollständige Preisangaben**

**Leitsätze:** Ist bei einzelnen LV-Positionen ein Einheitspreis von 0,01 EUR eingesetzt, handelt es sich um eine vollständige Preisangabe i.S. des § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A. Das wirtschaftlichste Angebot darf nicht wegen spekulativer „Aufpreisungen“ unberücksichtigt bleiben.

**KG Berlin, Vorlagebeschl. v. 26.02.2004, NZBau 2004, 288 = IBR 2004, 215 = VergabeR 2004, 331 = BauR 2004, 1202; vgl. auch OLG Dresden, Beschl. v. 30.04.2004, VergabeR 2004, 507 oder VK Münster, Beschl. v. 10.02.2004, IBR Aug. 2004**

### **Entscheidung 8 - Spekulative Preise sind vollständige Preisangaben**

**Leitsätze:** Stark auf- oder abgepreiste Einheitspreise - z.B. 0,01 EUR - stellen keinen ausreichenden Grund dar, ein Angebot ohne weiteres wegen unvollständiger Preisangaben oder wegen Unzuverlässigkeit des Bieters auszuschließen. Ein solches Angebot kann jedoch so hohe Nachforderungsrisiken beinhalten, dass es nicht als wirtschaftlichstes Angebot eingestuft werden muss.

**KG Berlin, Beschl. v. 15.03.2004, IBR 2004, 268 = VergabeR 2004, 350 = BauR 2004, 1202**

### **Entscheidung 9 - 0,00 EUR-Preis ist zulässig**

**Leitsätze:** Auch wenn im Angebot bei einer bestimmten Position ein Einheitspreis von 0,00 EUR (die Kosten wurden - im Angebot erkennbar - in eine andere Position einkalkuliert) angegeben wird, liegt eine vollständige Preisangabe i.S. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A vor.

**BayObIG, Beschl. v. 01.03.2004, IBR 2004, 26 = VergabeR 2004, 343 = BauR 2004, 1202**

### **Entscheidung 10 - Ausschluss von Angeboten mit spekulativen Einheitspreisen**

**Leitsätze:** Ein Angebot, welches Einzelpositionen von 0,01 EUR bzw. 0,05 EUR enthält, kann wegen **mangelnder Zuverlässigkeit** des Bieters ausgeschlossen werden, wenn der Bieter die betreffenden Positionen für nicht erforderlich hält, aber die Vergabestelle hierüber nicht in Kenntnis setzt und deshalb das Risiko einer nicht ordnungsgemäßen Leistung besteht.

**BayObIG, Beschl. v. 18.09.2003, IBR 2003, 6 = Vergaberechts-Report 11/2003, 1 = ZfBR 2004, 95 = VergabeR 2004, 87**

**Anmerkung:** Diese Entscheidung deckt sich mit der Auffassung der GPA.

### **Entscheidung 11 - Zwingender Ausschluss von Angeboten mit spekulativen Einheitspreisen (wegen unvollständiger Preisangaben)**

**Leitsätze:** Gibt ein Bieter den Angebotspreis in einer LV-Position mit 1 EUR an und „versteckt“ er die wirklich kalkulierten Kosten in dem Preis einer anderen Position (z.B. Baustelleneinrichtung), so ist die Preisangabe 1 EUR unvollständig i.S. von § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B und damit das gesamte Angebot nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A zwingend auszuschließen.

**OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.11.2003, IBR 2004, 157 = Gt-info 241/04 v. 20.03.2004 = VergabeR 2004, 322 = BauR 2004, 1202**

### **Entscheidung 12 - Zwingender Ausschluss von Angeboten mit spekulativen Einheitspreisen (wegen unvollständiger Preisangaben)**

**Leitsätze:** Ein Bieter, der die von ihm für einzelne LV-Positionen geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer LV-Positionen verteilt, benennt nicht die von ihm geforderten Erklärungen bzw. Preise i.S. von § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A. Wer „Mischpreise“ ohne erläuternde Zusätze anbietet, gibt schon objektiv die geforderten Erklärungen nicht vollständig i.S. des § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A ab. Das Angebot ist nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A zwingend auszuschließen.

**BGH, Beschl. v. 18.05.2004, BauR 2004, 1433 = IBR 2004, 448 = Vergaberechts-Report 7/2004 = NZBau 2004, 425 = VergabeR 2004, 473; vgl. dazu ferner Kus in NZBau 2004, 425 oder Köster in BauR 2004, 1374**

### **Entscheidung 13 - 0,01 EUR-Preise in LV; Fehlende Aufklärung**

**Sachverhalt:** Das Land Mecklenburg-Vorpommern hatte den Bau eines Autobahnabschnitts im Offenen Verfahren ausgeschrieben. Das Angebot des preisgünstigsten Bieters lag bei rund 4.343 Mio. EUR, das des zweitplatzierten Bieters bei rund 5.057 Mio. EUR. Das Angebot des erstplatzierten Bieters wurde wegen spekulativer Preise von 0,01 EUR in einigen LV-Titeln (z.B. Erdbau, Wasserhaltung, Tragschicht, Entwässerung) ausgeschlossen. Ein Aufklärungsgespräch

wurde nicht geführt. Das Land beabsichtigte, den Zuschlag auf das Angebot des zweitplatzierten Bieters zu erteilen.

Daraufhin leitete der erstplatzierte Bieter ein Nachprüfungsverfahren nach den §§ 102 ff. GWB ein. Die Vergabekammer hatte die Entscheidung des Landes zurückgewiesen. Gegen den Beschluss hatte das Land sofortige Beschwerde eingelegt. Das OLG hat der Beschwerde des Landes nicht stattgegeben und das Land angewiesen, das Vergabeverfahren zu wiederholen.

**Entscheidung des Gerichts:** Das OLG stützt sich auf das Urteil des BGH und kommt zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen für einen Angebotsausschluss in dem Verfahren nicht vorgetragen worden sind. Es ist nicht festzustellen, dass der betreffende Bieter die für einzelne Leistungspositionen geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen verteilt hat. Aufgrund des ergänzenden Vortrags des Bieters in der mündlichen Verhandlung ist vielmehr davon auszugehen, dass die Einheitspreise von 0,01 EUR u.a. darauf beruhen können, dass Leistungen, auch solche mit einem erheblichen Umfang, infolge einer beabsichtigten - und vom Auftraggeber zugelassenen - Verwertung von Nebenprodukten der eigenen Leistung des Bieters entsprechend kalkuliert werden können (z.B. Veräußerung von Abraum sowie gerodeter Wurzelstöcke). Des Weiteren kommt in Betracht, dass Leistungen deswegen mit 0,01 EUR kalkuliert werden können, weil der Bieter die Leistung - für ihn aufgrund besonderer Umstände ohne eigene Kosten - durch einen Dritten zu erbringen vermag (z.B. Berücksichtigung von Boni von Lieferanten aus anderweitigen Geschäften in der Kalkulation). Dass ein Bieter gehindert sein könnte, solche für ihn günstigen Umstände in die Kalkulation einzubringen, ist nicht erkennbar.

Ist zweifelhaft, ob ein Angebot die tatsächlich geforderten Preise für die jeweiligen Leistungspositionen ausweist, kann sich die Vergabestelle gemäß § 24 Nr. 1 VOB/A über die Angemessenheit der Preise unterrichten. Ergibt sich durch die Erklärungen des Bieters, dass die ausgewiesenen Preise die von ihm für die Leistungen geforderten Preise vollständig wiedergeben, kann das Angebot nicht nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A ausgeschlossen werden.

**OLG Rostock, Beschl. v. 15.09.2004, IBR-Online**

**Anmerkung:** Der GPA sind weitere Details zum Sachverhalt nicht bekannt. Sie geht davon aus, dass es sich hier um ein Angebot gehandelt hat, das im LV bei einigen Positionen lediglich Abpreisungen vorsah (keine Mischkalkulation). Im Übrigen hatte der Bieter im mündlichen Vortrag noch angegeben, dass er 0,01 EUR-Preise nur angesetzt hatte, um sog. Minuspreise zu vermeiden. Tatsache im vorliegenden Falle war, dass der Auftraggeber keine Aufklärungsgespräche geführt hatte.

## Entscheidung 14 - Einseitige Abpreisungen

**Sachverhalt:** In einem Offenen Verfahren sind Erdarbeiten ausgeschrieben worden. Im wirtschaftlich günstigsten Angebot sind **bei sieben Positionen auffällig niedrige Einheitspreise** angeboten worden. Im Aufklärungsgespräch bestätigte der Bieter, dass er aufgrund von Synergieeffekten innerhalb der Baustelle und bei extern laufenden Baustellen sowie aufgrund günstiger Nachunternehmerangebote extrem günstig kalkulieren konnte. Der Auftraggeber beabsichtigte die Zuschlagserteilung auf das preislich günstigste Angebot. Dagegen wandte sich ein Mitbieter mit dem Hinweis, dass ein Angebotsausschluss des erstplatzierten Bieters wegen auffallend niedriger Preise zwingend vorzunehmen sei.

**Entscheidung:** Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die geforderten Preisangaben des erstplatzierten Bieters sind vollständig i.S. des § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A. Auch ein Ausschluss nach § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A kommt nicht in Betracht (Abstände zu den nächsten Bietern nur 2,5 v.H. bzw. 8,5 v.H.).

**VK Münster, Beschl. v. 10.02.2004, IBR Aug. 2004**